TRATADO

DEL CONTRATO DE MATRIMONIO;

POR POTHIER.

TRATADO

DEL CONTRATO

DE MATRIMONIO,

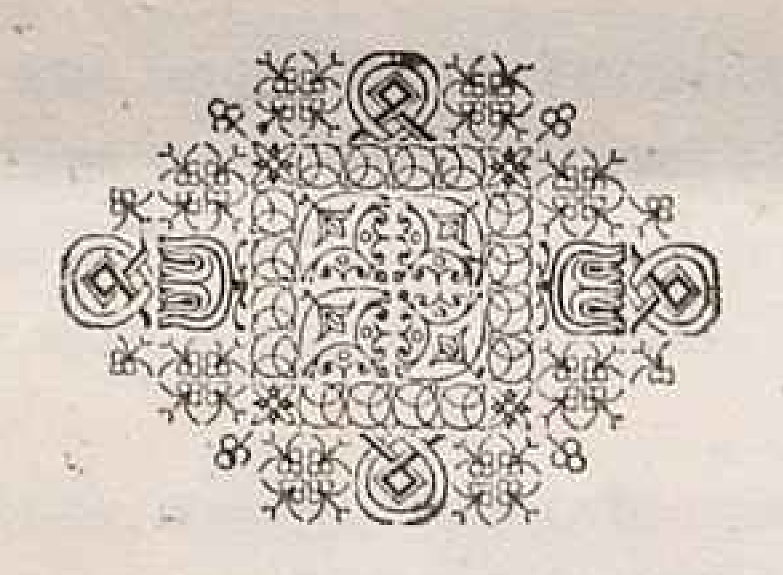
POR POTHIER

Traducido al español con notas de derecho patrio,

bajo la direccion

de D. Mariano Noguera y D. Francisco Carles

abogados del Ilustre Colegio de esta Capital y de la Academia de Jurisprudencia y Legislacion y Juez de primera instancia el primero de Sta. Coloma de Farnés.



BARCELONA
Imprenta y Litografia de J. Roger, editor.
Calle de la Union.
1846.



TRATADO

DEL CONTRATO

DE MATRIMONIO



Articulo preliminar.

1. Hemos creido que no podiamos terminar mejor nuestro tratado de las obligaciones y de los diferentes contratos y cuasi-contratos de donde aquellas nacen, que con el tratado del contrato de matrimonio, ya que este es el mas importante y el mas antiguo de todos los contratos.

Es el mas importante, aunque solo se le considere en el órden civil, porque no hay otro que interese tanto á la sociedad.

Es el mas antiguo, porque es el primero que celebró el hombre. Luego de haber creado Dios á Eva, la presentó á Adan, y nuestros dos primeros padres celebraron el contrato de matrimonio con aquellas palabras: *Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea..... et erunt duo in carne una.*

2. La palabra *contrato de matrimonio* es equívoca : en este tratado la tomamos por el *matrimonio* mismo; otras veces se toma en otro sentido, por la escritura en que constan los pactos ó capitula-

ciones particulares que hacen las personas que contraen matrimonio.

En este tratado veremos, 1.° que es el contrato de matrimonio, sus diferentes especies entre los romanos, y que leyes rigen en él; 2.° cuales son las cosas que preceden á este contrato; 3.° entre que personas puede ó no puede celebrarse válidamente; 4.° como se celebra el matrimonio y que debe observarse en su celebracion; 5.° trataremos asimismo de los efectos del matrimonio, y de algunos matrimonios que aunque contraidos válidamente, no producen sin embargo efectos civiles; 6.° de la anulacion de los matrimonios, de la disolucion ya en cuanto al vínculo, ya en cuanto á la cohabitacion; 7.° de las segundas nupcias.

Seguirán á este tratado otros tratados especiales acerca de los pactos mas comunes que acompañan el contrato de matrimonio, y sobre los derechos que nacen del matrimonio como la potestad marital y la paterna.

PARTE PRIMERA.

QUE ES EL CONTRATO DE MATRIMONIO; CUALES ERAN ENTRE LOS ROMANOS LAS DIFERENTES ESPECIES DE MATRIMONIO; Y QUE LEYES RIGEN EN EL.

CAPITULO I.

QUE ES EL CONTRATO DE MATRIMONIO.

3. El matrimonio es un contrato revestido de las formalidades que la ley prescribe, por el cual un hombre y una muger hábiles para contraerlo se obligan recíprocamente el uno para con el otro á vivir toda su vida de consuno con la union que debe haber entre un esposo y una esposa.

Se desprende de esta definicion que un matrimonio en que se hubiese omitido alguna de las formalidades que las leyes requieren para su validez, ó que hubiese sido celebrado entre personas declaradas inhábiles por las leyes no es un verdadero matrimonio: he aqui lo que iremos viendo en el decurso de este tratado.

4. La union en que las partes se obligan á vivir en virtud de este contrato, es principalmente la de sus espiritus y voluntades. El comercio carnal no es de la esencia del matrimonio: la union de San José con la Vírgen fué un verdadero matrimonio, por mas que conservasen su virginidad. Asi lo enseña San Agustin en su obra de *nupt. et concub. lib.* 1, *cap.* 9.

Es de notar que los mismos jurisconsultos paganos reconocieron y acataron este principio. Ulpiano en la ley 30, *ff. de reg. jur.* dice: *Nuptias consensus, non concubitus facit.*

5. Por mas que la union carnal no sea de la esencia dal matri-

monio, y el marido y la muger puedan de comun acuerdo guardar continencia; sin embargo el matrimonio dá á cada nna de las partes un derecho sobre la otra, derecho que les obliga á concederse recíprocamente el comercio carnal, siempre que una de ellas lo pida. Fúndase esta obligacion en los fines del matrimonio. El principal de estos es la procreacion de hijos, para la cual es necesario aquel comercio. Otro de los fines es de encontrar en el matrimonio un remedio contra la dificultad que podrian tener los contraentes en conservar la continencia, y este fin envuelve necesariamente aquella obligacion.

CAPITULO II.

DE LAS DIFERENTES ESPECIES DE MATRIMONIOS.

§. I.

De las diferentes especies de matrimonios que podian contraer los ciudadanos romanos.

6. Los ciudadanos romanos podian contraer dos diferentes especies de matrimonios: llamábase la una *justæ nuptiæ*, la otra *concubinatus*.

Las *justæ nuptiæ* eran un matrimonio legítimo que un hombre contraia con una muger segun la ley, para tenerla como esposa legítima, *justa uxor*. Este matrimonio daba á los hijos los derechos de familia y al padre el derecho de patria-potestad.

7. La otra especie de matrimonio, *concubinatus*, era tambien un verdadero matrimonio permitido expresamente por las leyes: *concubinatus per leges nomen assumpsit*; *l. 3, ff. de concub.*

En una y otra especie habia *maris et feminæ conjuntio individuam vite consuetudinem continens*. Por el concubinato lo mismo que por el matrimonio legítimo el hombre y la muger celebraban juntos una union que era su ánimo conservar hasta la muerte de uno de ellos. El concubinato se diferenciaba del matrimonio legítimo *justæ nupciæ*, en cuanto por él el hombre no tomaba á la muger con quien se unia para tenerla con el título de legítima esposa, *justa uxor*, sino con el titulo de concubina. Los hijos que de tal

union nacian, no tenian los derechos de familia, ni el padre tenia sobre ellos el derecho de patria-potestad: no eran *justi liberi*. Sin embargo no eran bastardos; llamabanles *liberi naturales*, mas no *nothi in spurii*, que eran los nombres de los hijos nacidos *ex scorto* y de uniones ilícitas.

8. El concubinato se habia establecido para que un hombre que tuviese inclinacion á una muger de baja condicion, de mala fama y que las leyes y el buen parecer no le permitian tomar por esposa legítima pudiese satisfacer esta inclinacion uniendose á ella y teniendola solo con el título de concubina. Asi un senador podia tomar por concubina una muger liberta que hubiese salido de la esclavitud, la cual las leyes le prohibian tomar por legítima esposa.

Mas esta especie de matrimonio no era tampoco permitido, de la propia suerte que el matrimonio legítimo, con una muger con quien los romanos pensaban que el derecho natural prohibia unirse. Asi si uno se hubiese casado con su sobrina, por mas que no la hubiese tomado por título de esposa legítima, sino solo como concubina, esa reunion era reputada incestuosa; *l. 56, ff. de ritu. nup.*

Por la misma razon nadie podia tener por concubina una muger casada con otro; y un hombre mientras estaba casado no podia tener concubina.

Mas cuando un hombre que no estaba casado, tomaba por concubina una muger con quien no le prohibia unirse el derecho natural, esta union era permitida no solo por las leyes civiles. sino tambien por las eclesiásticas, y celebrada entre fieles era elevada á la dignidad de sacramento, de la propia suerte que el matrimonio legítimo.

Asi nos lo enseña el canon XVII del primer concilio de Toledo celebrado en el año 400 donde se dice, *cap. 17: Siquis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet, ceterum qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, á communione non repellatur, tantum ut unins mulieris aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, sit conjunctione contentus.*

9. Falta saber cuando un matrimonio que un hombre hubiese contratado con una muger, debia reputarse matrimonio legítimo *justæ nuptiæ*, y cuando habia de pasar por concubinato. No siempre dependia esto de la observancia ó inobservancia de las ceremonias acostumbradas en la celebracion de los matrimonios, ni

de la confeccion ó falta de la confeccion de capitulaciones matrimoniales, porque podia un matrimonio ser legítimo, por mas que faltasen esa escritura y esas ceremonias; *l.* 22, *cod. de nup.* Todo dependia de la diferente intencion que abrigaba el hombre al tomar una muger, pues ó bien la queria por esposa legítima ó solo por concubina: *Concubinam ex solà animi destinatione æstimari oportet*; *l.* 4, *ff. de concub. Concubina ab uxore solo dilectu separatur*; *Paulo Sent. l.* 2, *t.* 20, §. 2. La intencion de tomar una muger por concubina solo se presumia respeto de mugeres de baja condicion y mal reputadas. Asi dice Modestino: *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit*; (1) *l.* 24, *ff. de rit. nup.*

10. La distincion entre estas dos especies de matrimonio solo tenia lugar entre los ciudadanos romanos: los pueblos de las provincias sometidos á la repùblica que no tenian el derecho de ciudanania, no podian contraer el matrimonio legítimo *justæ nuptiæ*, propio solo de los ciudadanos romanos, sino un simple matrimonio que no daba al padre sobre sus hijos el derecho de patria-potestad tal cual lo tenian los ciudadanos romanos, sino solo el que da á los padres el derecho natural.

Mas adelante Antonino Caracala concedió el título y los derechos de ciudadanos romanos á todos los súbditos del imperio; *l.* 17, *ff. de stat. hom.*

§. II.

¿Estan en uso estas dos especies de matrimonio?

Estas dos especies de matrimonio están todavia en uso en Alemania, donde se practica todavia el matrimonio que los romanos llamaban *concubinatus*, y que los alemanes llaman matrimonio *ad morganiticam, ó de la mano izquierda.*

Por esta especie de matrimonio un hombre distinguido se casa con una muger de baja condicion á la cual toma por muger de un órden subalterno. Esta muger ni participa del rango ni de los títulos de su marido, y los hijos que de tal enlace nacen, no suceden en los títulos ni en los bienes de su padre, debiéndose contentar, lo

(1) Debe tenerse presente que los ciudadanos ingenuos no podian contraer matrimonio legítimo con mugeres que hubiesen ejercido esa deshonrosa profesion. Ulpiano in fragm. tit. 13, §. 20.

mismo que su madre, con aquella cantidad de bienes que en las capitulaciones se les hubiese señalado. *V. cod. Federico, part.* 1, *lib.* 2, *tit.* 9, *art.* 3.

§. III.

Del matrimonio de los esclavos.

Los esclavos no tenian estado civil, y si bien sus matrimonios eran válidos por derecho natural con tal que hubiesen sido contraidos de consentimiento de los dueños y sin impedimento alguno legal, sin embargo estaban destituidos de todos los efectos civiles, teniendo solo los de derecho natural, y se llamaban *contubernium.*

Lo mismo deberá decirse de los enlaces entre los negros esclavos de nuestras colonias, contraidos con consentimiento de los amos.

CAPIPULO III.

QUE LEYES RIGEN EN EL CONTRATO DE MATRIMONIO.

ARTICULO I.

DE LA AUTORIDAD DEL PODER TEMPORAL EN EL MATRIMONIO.

1. El matrimonio que contraen los fieles, como que es un contrato que Jesucristo elevó á la dignidad de sacramento por ser el tipo ó imagen de su union con la iglesia, es á la vez contrato civil y sacramento.

Siendo el matrimonio un contrato, pertenecerá lo mismo que los demas contratos al órden político, y por consiguiente deberá estar sujeto á las leyes del poder temporal establecido por Dios para arreglar todo lo concerniente al gobierno y buen órden de la sociedad; y como el matrimonio es el contrato que mas interesa á ese buen órden, por lo mismo deberá estar mas sujeto al poder temporal.

Luego los principes temporales tienen derecho para formular leyes sobre el matrimonio, ya para prohibirlo á ciertas personas, ya

para arreglar las formalidades que juzguen á propósito, para que su celebracion sea válida.

12. Los matrimonios que las personas sujetas á tales leyes contrajesen contra lo dispuesto en ellas, cuando la infraccion trae consigo la nulidad, deben ser nulos, segun la regla comun á todos los contratos de que todo contrato es nulo cuando es contraido contra la disposicion de las leyes: *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

Tampoco puede decirse que en este caso haya sacramento; porque no puede haber sacramento sin la cosa que forma su materia. Siendo el contrato civil la materia del contrato de matrimonio, no podrá haber tal sacramento, cuando el contrato civil es nulo, de la propia suerte que no podria haber sacramento del Bautismo sin el agua que es su materia.

13 El poder temporal ha disfrutado siempre este derecho. La ley civil era la que declaraba nulo el matrimonio de los hijos de familia contraido sin el consentimiento de aquel bajo cuya potestad se hallaban. El emperador Teodosio fué el que prohibió bajo nulidad el matrimonio entre primos hermanos permitido antes de esta ley. Justiniano hizo del parentesco espiritual un impedimento dirimente del matrimonio. El de la disparidad de cultos fué establecido por los emperadores Valentiniano, Valente, Teodosio y Arcadio que prohibieron el matrimonio de los cristianos con los judios,

La iglesia jamás ha mirado esas leyes de los emperadores sobre los matrimonios como un ataque del poder temporal contra el poder espiritual: lejos de esto existen muchos cánones de concilios que recomiendan su observancia, y conminan censuras contra sus trensgresores.

14. Esta doctrina ha sido consignada en la escuela de teologia y de derecho. El Dr. Lacenoy en su magnífico tratado titulado *Regia in matrimoniom potestas*, trae un gran numero de autoridades de teologos de todos los paises y de todas las escuelas que asi lo enseñan. Para mi objeto bastará lo que dice Ambrosio Catarino en su tratado *de clandestinis matrimoniis*, impreso en Roma con privilegio en 1552: *Quid quid*, dice, *non est contra legem Dei ac legem naturœ, credo principes posse circa matrimonium, suis legibus prohibere; et ita latam ab eis legem valuisse puto, qua irritabantur matrimonia non consultis parentibus contracta.*

El jesuita Sanchez en su tratado *de matrimonio*, *l.* 7, *disput.* 3, n. 2. reconoce asimismo ese derecho de los príncipes temporales: *Absque dubio dicendum est*, dice, *posse principem secularem ex genere et natura suœ potestatis matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis ex justa causa indicere ..... Nec obstat*, añade, *principis secularis potestati matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia contractus civilis: qua ratione perinde potest ex justa causa illud irritare, ac si sacramentum non esset, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic invalidum contractum.*

Esta misma doctrina enseñaba en nuestra Sorbona en el último siglo el célebre profesor Hennequin, segun se desprende de algunos manuscritos suyos á que se refiere Boileau en su tratado de los impedimentos del matrimonio.

15. Por evidentes que sean los principios en que se funda el derecho del poder temporal para establecer en sus leyes civiles los impedimentos dirimentes del matrimonio sin necesidad del concurso ni de la aprobacion del espiritual, sin embargo Belarmino, Basilio, Pons y algunos otros autores deseosos de concentrar todo el poder asi espiritual como temporal en el pontifice, han atacado en sus escritos el derecho de la autoridad civil sobre los matrimonios.

Sus argumentos son muy frivolos. El matrimonio, dicen ellos, es un sacramento y por consiguiente una cosa espiritual: el poder temporal no alcanza á las cosas espirituales; luego no debe ejercerse en los matrimonios; luego es un ataque al poder espiritual toda ley que hagan los principes seglares sobre este asunto.

Facil es contestar á este argumento. Hay dos cosas en el matrimonio, el contrato civil entre el hombre y la muger que lo celebran, y el sacramento añadido á este contrato, y del cual es materia y base el contrato civil. Convengo en que el matrimonio en cuanto á sacramento es una cosa espiritual no sujeta por lo mismo á la autoridad civil. Asi seria en mi concepto un ataque sobre el poder espiritual, si los principes seglares quisiesen decidir cual es el ministro competente el en sacramento del matrimonio, que disposiciones son necesarias para recibir la gracia de este sacramento, y en general si quisiesen arreglar por medio de sus leyes cualquier cosa concerniente al matrimonio como sacramento. Pero si el matrimonio es sacramento y bajo tal concepto sujeto á la jurisdiccion eclesiástica, no puede olvidarse que es asimismo contrato civil y

perteneciente como tal al órden político, y sujeto por lo mismo á las leyes del poder temporal. La calidad de sacramento que sella, digamoslo asi, el contrato civil, presupone su existencia, y no le sustrae de los derechos que en este como en los demas contratos ejerce el poder temporal; porque al instituir Jesucristo los sacramentos y al publicar su evangelio, no quiso disminuir ni alterar en nada los derechos del poder temporal al que declaró establecido por Dios sobre las sociedades, y al cual se sometió él mismo en cuanto á hombre durante su peregrinacion sobre la tierra.

Por lo demas al declarar nulo un contrato de matrimonio celebrado contra su disposicion, la ley civil no afecta al sacramento, puesto que es el contrato no el sacramento lo que invalida: solo impide con tal declaracion que este contrato pueda ser materia del sacramento. Jesucristo cuando elevó á la dignidad de sacramento el contrato de matrimonio celebrado entre los fieles, solo entendió elevar á esta dignidad los matrimonios legitimos: solo una union inocente y legitima, como la que se forma por medio de un matrimonie legítimo, puede ser el tipo y la imagen de la union de Jesucristo con su iglesia. Un matrimonio que la ley civil prohibe y declara nulo, solo puede considerarse como un comercio ilegítimo y criminal; y no puede pretenderse sin una especie de mpiedad, que quisiese Jesucristo elevar á la dignidad de sacramento un tal comercio, y hacerlo tipo é imágen de su union con la iglesia.

16. Los teólogos que combatimos, dicen que hay dos especies de contratos de matrimonio, una de derecho de gentes comun á todos los pueblos, otra de derecho civil propia y peculiar de cada nacion; y que Cristo elevó á la dignidad de sacramento todos los de la primera especie, no los de la segunda; de donde infieren que para qua el sacramento obre todos sus efectos, basta que el matrimonio no tenga nada de contrario al derecho natural y de gentes; que la contravencion á la ley civil puede privar al matrimonio de los efectos civiles, pero no afectar el vínculo.

A esto respondo que dichos teólogos no se expresan con exactitud diciendo que hay matrimonios de derecho de gentes y matrimonios de derecho civil. Deberian mas bien decir que hay requisitos prescritos por el derecho natural y de gentes y otros prescritos por el derecho civil de cada estado, necesarios los primeros en todos los paises del mundo y entre toda clase de personas, y los segundos solo á los subditos de ciertos estados. Pero es un error llamar matrimonio de derecho natural á aquel que sin contener nada contrario á este derecho infringiese la ley civil á cuyo imperio están sujetas las partes contraentes; porque el ciudadano que falta á las leyes civiles de su pais, falta tambien al derecho natural, uno de cuyos preceptos es la obediencia á las leyes del gobierno establecido: luego un matrimonio celebrado contra las leyes civiles es contrario tambien al derecho natural, siendo por consiguiente infundada la distincion entre matrimonios de derecho natural y matrimonios de derecho civil, pues si nulo es el matrimonio por un derecho, nulo será tambien por el otro.

27. Nuestros adversarios para probar que un matrimonio contrario á la ley civil no deja de ser válido en cuanto al vínculo, debiendo solo ser privado de los efectos civiles, alegan un texto de las sentencias del jurisconsulto Paulo, quien en el *lib.* 2, *tit.* 19, §. 2, dice: *Eorum qui in protestate patris sunt, sine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur; sed contracta non solvuntur; contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.*

A esto respondo que las palabras, *sed contracta non solvuntur,* no deben entenderse en el sentido que á primera vista presentan. Para comprender las perfectamente es preciso comparar este texto con otro de las mismas sentencias, *l,* 5, *tit.* 6, §. 10, donde se dice: *Bene concordans matrimonium separari á patre D. Pius prohibuit.* Antes de esta constitucion de Antonino no se limitaba la patria potestad á impedir que los hijos de familia pudiesen contraer matrimonio sin el consentimiento del padre, sino que aun cuando el matrimonio hubiese sido celebrado válidamente previo el consentimiento paterno, la patria potestad se extendia hasta á disolver el matrimonio de la hija por medio del divorcio, cuando el padre lo juzgaba conveniente, aun á pesar de su hija si esta despues de casada habia permanecido bajo la patria potestad. Asi nos lo enseña un fragmento de Ennio en que este poeta pone en boca de una hija las siguientes palabras.

Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum, invitam cogis linquere?

El emperador Antonino halló que este derecho era contrario al bien público y al buen órden de la sociedad, por esto lo abolió.

Con tales antecedentes facil es comprender el texto que nos ocupa. Despues de haber dicho Paulo que los hijos de familia no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre bajo cuyo poder se hallan, añade: *Sed contracta non disolvuntur*, es decir que los matrimonios contraidos válidamente previo el consentimiento paterno no pueden ser disueltos por el padre, como antes sucedia. En seguida añade Paulo la razon que tuvo el emperador para hacer esta alteracion en el derecho antiguo, diciendo que el interes publico debe prevalecer sobre los derechos de la patria-potestad.

28. Entre los teólogos que aspiran á despojar el poder temporal del derecho que tiene y ha tenido siempre de ordenar reglas y leyes para los matrimonios cuya inobservancia lleva consigo la nulidad, hay algunos en que la imposibilidad de contestar á los ejemplos sacados de las leyes romanas sobre este derecho, convienen en que los principes seglares tuvieron efectivamente en otro tiempo el derecho de hacer leyes sobre los matrimonios y de establecer impedimentos derimentes; pero dicen que la iglesia por razones poderosas se reservó para sí sola este derecho, y que los principes renunciaron volunteriamente á él. Nada hay mas absurdo que esta opinion; porque el poder que dicen haber tenido los principes seglares para hacer leyes sobre la validez ó no validez de los matrimonios, ó bien es espiritual ó temporal: si lo primero nunca pudieran haberlo ejercido los principes y al hacerlo se hubieran levantado contra ellos los obispos. S. Ambrosio no habria aconsejado á Teodosio que prohíbiese por medio de una ley el matrimonio entre primos hermanos, sino que para hacer esta declaracion habria convocado un concilio de su provincia: Si por el contrario este poder es temporal, la iglesia que solo en lo espiritual ejerce su jurisdiccion, no pudo apropiarselo jamas, ni los principes pudieron renunciar á él, siendo como son inalienables los derechos anejos á la soberania que recibieron de Dios.

Por lo que se acaba de decir no cabe ya duda que el poder tempotal tiene el derecho de establecer sobre los matrimonios leyes cuya inobservancia los haga absoluta y enteramente nulos, no solo en cuanto á los efectos civiles, sino tambien en cuanto al vínculo, impidiendo por consiguiente el que puedan ser materia del sacramento.

ARTICULO II

DE LA AUTORIDAD DE LA IGLESIA SOBRE LOS MATRIMONIOS.

19. Al asegurar al poder temporal los derechos que le pertenecen no desconocemos los que corresponden á la potestad eclesiástica. Siendo el matrimonio contrato civil y sacramento á la vez, si en el primer sentido está sujeto á las leyes civiles, como sacramento está sujeto á las leyes de la iglesia. Asi es que nos hemos guardado de levantarnos contra el decreto del concilio de Trento que fulmina anatema contra los que niegan á la iglesia la potestad de establecer impedimentos derimentes del matrimonio. *Sess.* 24, *can.* 4.

20. Sin embargo respeto de esto tenemos que hacer dos observaciones. Es la primera que siendo el matrimonio de la incumbencia de la potestad eclesiástica únicamente en cuanto á sacramento, y no correspondiendo á esta autoridad en cuanto es contrato civil, los impedimentos que establezca la iglesia por sí solos y por sí mismos no podrán afectar mas que el sacramento, y de ninguna manera al contrato civil. Pero si el príncipe en obsequio de la buena armonia que debe haber entre el sacerdocio y el imperio, adopta y admite en este los cánones que tales impedimentos establecen, la aprobacion del príncipe hace que sean impedimentos dirimentes del matrimonio considerado aun como contrato civil.

21. La segunda observacion es que aun cuando la iglesia tenga facultad para establecer impedimentos derimentes del matrimonio, y por mas que muchos de los que están en uso al presente, fueron establecidos por la iglesia en sus concilios; ello es sin embargo que durante muchos siglos no hizo la iglesia uso de ese poder, ni reconocia otros impedimentos dirimentes que los que habian establecido la ley natural, el Levítico y las leyes civiles. El padre Labbe en el décimo tomo de su coleccion puso despues de los canones del tercer concilio general de Latran algunas antiguas cartas de papas divididas por titulos bajo el nombre de *Appendix ad concilium Lateranense tercium*: alli y en el título *de*

sponsalibus, *cap*. 27, se encuentra una carta del papa Benedicto á Gaudencio patriarca, que le habia consultado sobre la cuestion de si una doncella podia casarse con un jóven que habia contraido esponsales, no casádose, con su hermana difunta. A esta cuestion responde el papa: ¿Porque habia de condenar yo un matrimonio que no condenan ni la sagrada escritura ni las leyes civiles? *Cur prohibeam quod prohibitum numquam sacra scritura declarabit, sedneque mandatω leges connumeratis personis quibus inter se nuptias contraere non licet, de hujusmodi aliquid dicunt negotio*?

Todos los impedimentos dirimentes establecidos en los primeros siglos de la iglesia, lo fueron por las leyes de los emperadores, segun vimos antes, *n.* 13; ni uno solo encontramos establecidos por la iglesia durante aquellos siglos. Si desde los siglos VI y VII prohibieron los papas y los concilios los matrimonios por causa de parentesco y afinidad en grados mas remotos de aquellos en que era prohibido el matrimonio por las leyes civiles, fué porque se creia entonces, como veremos en su lugar, que tales matrimonios estaban expresamente condenados por el Levítico; pero ni los papas ni los concilios entendian establecer con tal prohibicion nuevos impedimentos dirimentes.

22. Aun respeto de los matrimonios que no podian contraerse sin crímen, se contentaba la iglesia con prohibirlos bajo pena de censuras eclesiasticas: mas no los declaraba nulos. Asi aun cuando la iglesia ha mirado siempre como un grande pecado la violacion que hacian de sus votos al casarse las vírgenes consagradas solemnemente á Dios; sin embargo durante muchos siglos no se miró como impedimento derimente la profesion religiosa que despues lo ha sido. Véase lo que diremos acerca de esto en la parte tercera.

PARTE SEGUNDA.

DE LAS COSAS QUE ACOSTUMBRAN PRECEDER AL MATRIMONIO.

Las cosas que acostumbran preceder al matrimonio, son los esponsales y las proclamas ó amonestaciones.

CAPITULO I.

DE LOS ESPONSALES.

23. Antes de celebrarse el matrimonio se celebran regularmente los esponsales, sin embargo no son ellos absolutamente necesarios.

Los canonistas distinguen dos especies de esponsales; esponsales por palabras de presente, y esponsales por palabras de futuro.

Los esponsales por palabras de presente son un convenio por el cual un hombre y una muger declaran que se toman el uno á el otro por esposos.

Antes del concilio de Trento estos esponsales que se hacian en secreto sin que interviniese el matrimonio celebrado en faz de la iglesia, eran verdaderos matrimonios. Empero quedaron proscritos por el concilio de Trento y por la ordenanza de Blois.

24. Respeto de los esponsales de futuro, únicos que reconocemos nosotros, encontramos su difinicion en la ley 1, *ff. de sponsal.* : *sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum.* Es decir un pacto por el cual un hombre y una muger se prometen recíprocamente que se unirán en futuro matrimonio.

Hablaremos, 1.° de la antigüedad y fundamentos del uso de los

esponsales; 2.° de las personas que pueden contraerlos; 3.° de que manera se celebran; 4.° de las cosas que acostumbran acompañarlos; 5.° de los efectos de los esponsales; 6.° de los jueces competentes para conocer en ellos, y de las penas de la parte que se niega á cumplirlos; 7.° finalmente de las causas que pueden absolver á los que contrajeron esponsales del cumplimiento de su obligacion.

ARTICULO I.

DE LA ANTIGUEDAD DEL USO DE LOS ESPONSALES Y RAZONES DE ESTE USO.

——

25. El uso de los esponsales es muy antiguo; era observado ya en los pueblos del Lacio segun el testimonio de Servio Sulpicio que refiere Aulo Gelio, *noct. attic. lib.* 4, *cap.* 4. De alli derivaron los romanos esta misma costumbre: *Moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*: *l.* 2, *ff. de spons.* Tambien estuvieron en uso entre los griegos. Y remontándonos á mayor antigüedad hallamos que Raquel fué prometida á Jacob mucho tiempo antes de habersele dado en matrimonio.

26. S. Agustin explica la principal razon de este uso: *constitutum est*, dice, *ut jam pactœ spons non œstatim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam*; *Can. constitutum, caus.* 27, *quœs.* 2. Este uso evita los inconvenientes que ofrecen los matrimonios precipitados que contraen algunos antes de conocerse.

ARTICULO II.

QUE PERSONAS PUEDEN CELEBRAR ESPONSALES.

——

27. Para que un hombre y una muger pueden contraer válidamente esponsales, es preciso que sean capaces de contraer matrimonio entre sí, ó por lo menos que pueden esperar decorosamente contraerlo. Asi un hermano y una hermana no pueden contraer esponaales, porque jamas podrán contraer matrimonio. Por el contrario dos primos aunque se hallan en grado prohibido, podrán contraer validamente esponsales; porque si bien á la sazon

no pueden contraer matrimonio, pueden decorosamente esperar que serán capaces para contraherlo, despues de haber obtenido la dispensa.

28. Un hombre casado no puede contraer esponsales con otra muger, porque por mas que pueda llegar á ser capaz de contraer matrimonio con esa muger despues de la muerte de su consorte actual, no puede decorosamente esperar este suceso.

29. Los impúberes pueden contraer válidamente esponsales previa la autorizacion de sus padres ó tutores, porque aun cuando no sean capaces de contraer matrimonio pueden decorosamente esperar serlo.

Sin embargo es necesario que para contraer esponsales que se forman lo mismo que los demas contratos por el consentimiento de las partes, se hallen los impúberes en edad de comprender lo que hacen, es decir que tengan á lo menos 7 años. *l.* 14, *ff. de spons.*

ARTICULO III.

DE QUE MANERA SE CONTRAEN LOS ESPONSALES.

——

30. Los esponsales son un contrato consensual formado por el solo consentimiento; *l.* 4, *eod.* La ordenanza francesa que exige en ellos escritura y ciertas solemnidades, se refiere al modo no á la substancia del contrato.

El consentimiento debê ser perfecto, no arrancado por violencia ó amenazas ó por sorpresa. Es tan necesaria en él la libertad, como que si apareciese que una de las partes tenia un gran imperio ó influencia en el espiritu de la otra, los esponsales no serian válidos. Por esta razon se declaró nula la promesa de matrimoniootorgada por una enferma, mientras lo estaba, al médico que la asistia. Bouches refiere esta providencia en su *Bibliotheque des arrets.*

No es siempre necesario que el consentimiento sea expreso. Cuando un padre promete su hija á alguno, si la hija presente no lo contradice, se entiende que consiente tácitamente en los esponsales; *l.* 12, *eod.*

Empero el convenio celebrado entre los padres de un jóven y

los de una doncella para casarlos, sin que intervenga el consentimiento á lo menos tácito de los dos prometidos esposos, no son verdaderos esponsales; ni obliga este convenio al joven ni á la doncella que no dieron su consentimiento, ni forma el impedimento de pública honestidad que resulta de unos verdaderos esponsales; *cap.* 1, *de spons. impub. in* 6.°

31. Asi como no pueden contraerse esponsales sino por una persona cierta y determinada, tambien debe ser cierta y determinada la persona con quien se celebren los esponsales; *cap.* 1, *de spons. in* 6.° Asi si un joven prometiese á tres hermanas casarse con una de ellas, esta promesa no produciria obligacion alguna.

32. Ademas del consentimiento de los esposos, se necesita tambien el de las personas cuyo consentimiento se requiere para su matrimonio; *l.* 7. §. 1, *ff. de tit.*

Asi es que los hijos de familia y los menores no pueden contraer válidamente esponsales sin el consentimiento de su padre ó madre ó del tutor ó curador. Los príncipes y princesas de sangre real necesitan el consentimiento del rey.

33. Para la validez de los esponsales es necesario que la promesa sea recíproca: *Repromissio futurarum nuptiarum.* Asi es que fué declarada nula la promesa de un tal Desportes hecha por medio de una carta que decia: Prometo á la señorita Bourderet casarme con ella; por que esta promesa era solo por parte de dicho Desportes, y aquella señorita solo *ex post facto* habia puesto su firma en la carta.

Del principio de que ha de ser recìproca la obligacion en los esponsales, se desprende que si una de las partes hubiese entregado á la otra una carta en que hubiese una promesa de casamiento sin que esta entregue otra análoga, no habrá esponsales, porque pudiendo inutilizarlos el que tiene la carta en su poder rasgándola la obligacion no es recíproca. Pero si la carta firmada por los dos esposos fuese depositada en poder de un tercero los esponsales serian válidos.

34. Los esponsales pueden contraerse no solo pura y simplemente, sino bajo condicion y con plazo. El efecto del plazo, segun los principios sentados en el *Trat. de las oblig. n.* 230 consiste en impedir que antes de vencer el plazo pueda la una de las partes compeler á la otra al cumplimiento de los esponsales; pero no impedirá que estos sean válidamente contraidos, y produzcan desde

el instante mismo del contrato las obligaciones que les son propias, y los impedimentos que de ellos resultan de que hablaremos despues; *part.* 3, *cap.* 3, *art.* 5.

35. La condicion puesta en los esponsales es muy diferente de un simple plazo. No solo impide que las partes puedan pedir antes de su cumplimiento la ejecucion de los esponsales, sino que ademas los suspende de manera que solo producen las obligaciones y demás efectos que de ellos nacen, en el caso en que la condicion se cumpla, de suerte que si este faltase, seria lo mismo que si no se hubiesen celebrado tales esponsales.

Mientras la condicion está aun pendiente, no hay obligacion, si solo una esperanza de que la habrá. Pero como una obligacion condicional da à aquel á cuyo favor se contrajo la facultad de practicar aquellos actos que crea oportunos para conservar aquel derecho que espera tener, por mas que no lo tenga aun; si una de las partes que contrajeron esponsales condicionales, estando en suspenso la condicion hiciese dar las proclamas para casarse con otra persona, la otra parte podria oponerse á este acto.

36. Las condiciones que pueden ponerse en los esponsales, deben ser honestas y posibles si se pusiese una condicion imposible ó que fuese contraria á las leyes ó á las buenas costumbres, los esponsales serian nulos, como lo es cualquier contrato bajo tales condiciones celebrado, á tenor de los principios de derecho explicados en el *Trat. de las oblig. n.* 264.

37. Pueden contraerse los esponsales no solo *ex dia certo vel sub conditione*, con plazo ó bajo condicion, sino que tambien pueden contraerse como los demás contratos *ad certum tempus vel ad certam conditionem*, es decir hasta que tal plazo haya vencido ó hasta que tal condicion se haya realizado. En este caso producen desde luego una obligacion recìproca para cuyo cumplimiento tiene cada una de las partes la competente accion. Pero si vence el plazo, ó se verifica la condicion antes de haberse cumplido los esponsales con el consentimiento de las partes, y antes que ni una ni otra de ellas haya incurrido en demora de cumplirlos, cesan de pleno derecho. *V. trat. de las oblig. n.* 224.

38. Hase cuestionado si un matrimonio nulo podia valer alomenos como esponsales. Los canonistas hacen la siguiente distincion: Si el matrimonio fuese nulo por la inobservancia de algunas formalidades que la ley prescribe, como si el matrimonio no hubiese

sido celebrado en faz de la iglesia no valdrá ni aun como esponsales, porque la ley no puede atribuir efecto alguno á los actos verificados con menosprecio de la misma y sin observar las formalidades que ella prescribe: *quod nullum est nullum producit effectum*. Mas cuando se observan las formalidades de la ley, y el matrimonio contraido de buena fé solo es nulo por no ser las partes todavia capaces de contraerlo, bien que lo eran para celebrar esponsales, como si una de las partes no hubiese alcanzado la edad de pubertad; en tal caso el acto que no puede valer como matrimonio vale como esponsales, pues la promesa recíproca de tomarse inmediatamente el uno al otro por marido y muger, encierra la de tomarse por tales cuando sean capaces para ello.

ARTICULO IV.

DE LAS COSAS QUE ACOSTUMBRAN ACOMPAÑAR LOS ESPONSALES.

Acostumbran acompañar los esponsales, 1° Su bendicion en faz de la iglesia, 2° las arras y dadivas matrimoniales; 3° la escritura que contiene los pactos del matrimonio que acostumbra llamarse capitulaciones matrimoniales.

§. I.

De la bendicion de los esponsales.

39. El uso de bendecir los esponsales es muy antiguo en la iglesia, y data desde el siglo IV, segun se desprende de una carta del papa Sirico á Himerio arzobispo de Tarragona que transcribe el padre Labbe en el segundo tomo de los concilios. En el art. 4, dice el papa: *De conjugalium violatione requisisti, si desponsatam alii puellam alter in matrimonio possit accipere? Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam nupturœ sacerdos imponit apud fideles sacrilegii instar est, si ulla transgressione violetur.* Es evidente que el papa habla no de la bendicion nupcial, sino de la que el sacerdote daba á los prometidos esposos.

40. Por antiguo que sea este uso, no es esencial en los esponsales que aun sin ella no dejarán de ser válidos, en lo cual se diferencian los esponsales del matrimonio que debe necesariamente ser contraido en faz de la iglesia.

41 Esta ceremonia se hace ante el cura de la parroquia ó un comisionado suyo, quien despues de haber declarado las partes su promesa recíproca de casamiento, recita las oraciones de costumbre segun el ritual de cada diócesis. (1)

§. II.

De las arras y de las dadivas de matrimonio.

42. Llámanse *arras* lo que alguno da en prenda del cumplimiento de lo que promete, con condicion de no poderlo reclamar en caso de faltar á lo convenido.

Entre los romanos era el prometido esposo el que acostumbraba dar las arras á su prometida ó al padre que la tenia en su poder. Si faltaba por culpa á la promesa, las perdia: si faltaba la parsona que las habia recibido sin justo motivo para ello, debia restituirlas en otro tiempo cuadruplicadas; *l.* 6, *cod. Theod. de spons*; y posteriormente solo duplicadas á tenor de la constitucion de Leon y Antemio; *l.* 5, §. 1, *cod. de spons. l.* 16, *cod. de episc. Aud.* Si el matrimonio no podia verificarse sin culpa de ninguna de las partes, como por la muerte de alguna de ellas acaecida antes de haber incurrido en demora de cumplir la promesa, ó por algun motivo justo y lejítimo que tuviese alguna de las partes para no cumplir los esponsales; eran devueltas las arras pura y simplemente; *l.* 3, *cod. de spons.* Tambien debian devolverse las arras, cuando el matrimonio se verificaba.

43. Entre nosotros el prometido esposo y su futura acostumbran casi siempre darse arras recíprocamente. La parte que sin un motivo justo se niega á cumplir la promesa, debe restituir á la otra las arras que hubiese recibido, y pierde las que hubiese dado á no ser que fuesen de un valor demasiado crecido atendida la calidad y facultades de las partes.

Si las arras fuesen de tanto valor que excediesen en mucho de la cantidad en que podrian estimarse los daños y perjuicios resultantes de la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio; la parte que las hubiese dado, y que sin justo motivo se niega á

(1) En España no está en uso la bendicion de que se habla en este parrafo. *(N. de los edit.)*

cumplir lo prometido, podrá repetirlas deduciéndose solamente de ellas aquella cantidad en que el juez estime los daños y perjuicios debidos á la parte que las recibió. Fúndase esto en que siendo de gran importancia para la sociedad el que los matrimonios sean perfectamente libres, no debe ponerse á nadie en la precision de casarse contra su gusto por el temor de sufrir una grande pérdida, si rehusase cumplir la promesa de matrimonio para seguridad de cuyo cumplimiento dió arras de un valor demasiado crecido.

44. En esta misma razon se funda nuestra jurisprudencia para declarar de ningun valor las estipulaciones penales por las cuales un hombre y una muger se prometen recíprocamente una cantidad de dinero ú otra cosa para el caso de faltar á la promesa de matrimonio que mutuamente se hacen, al menos en cuanto la cantidad ó cosa estipulada exceda de lo que estime el juez debido por razon de daños y perjuicios. Esto está tambien conforme con el derecho canonico, *cap. Gemma* 29, *extra de spons.*

45. Van tambien acompañados muchas veces los esponsales de algunos donativos que el prometido esposo hace á su futura, ó que se hacen recíprocamente el uno al otro. Segun el derecho romano anterior á Constantino estas donaciones se reputaban puras y simples, sin que se revocasen aun cuando no subsiguiesen el matrimonio, á no ser que hubiese algunas circunstancias que hiciesen presumir la condicion, *si nuptiæ sequantur l.* 2, *cod. de don. ante nupt.* Mas por la constitucion de Constantino se sobre entiende siempre esa condicion, y cuando no se realice el matrimonio por muerte de una de las partes tiene lugar la repiticion de las cosas donadas. Solo que *si jam osculum intervenerat*, la prometida esposa retenia la mitad de lo que se le habia donado.

Como segun las costumbres de los romanos una joven no permitia que un hombre la besase, aun cuando este fuese su prometido esposo bien que en este caso lo consentia alguna vez, cuando esto habia sucedido, *sponsus videbatur prælivasse pudicitiam ejus*, y en premio de esto podia la prometida no verificándose el matrimonio, retener la mitad de lo que se le habia dado.

En esto se diferencian tales presentes de las arras que la prometida esposa debia devolver en tal caso sin retener nada.

Con mayoria de razon cuando no se verificaba el matrimonio por disentimiento del donatario debia este restituir lo que se le habia dado.

46. Segun nuestra jurisprudencia francesa, en todos los regalos que se hacen los prometidos esposos se sobreentiende la condicion *si nuptiæ sequantur*, y no verificándose el matrimonio, tiene lugar siempre la repiticion, á no ser que esto acaeciese por disentimiento del donador; porque incurriendo en demora de cumplir la condicion, respeto de él debe entenderse realizada, segun aquella regla de derecho: *in omnibus causis pro facto id accipitur quoties per aliquem mora fit, quominus fiat; l.* 39, *ff. de reg. jur.*

§. III.

De las capitulaciones matrimoniales.

47. Con los esponsales acostumbra á celebrarse tambien una escritura solemne á cuya celebracion asisten los padres de los prometidos esposos cuyo objeto es arreglar los pactos del contrato de matrimonio; llámase esta escritura *capitulaciones matrimoniales.*

Esta escritura no es necesaria: con frecuencia se celebran sin ella muchos matrimonios sobre todo entre gentes de pocos haberes. En este caso tendrán que aplicarse à este contrato las disposiciones generales, leyes y costumbres del pais.

48. Segun nuestro derecho la escritura debe hacerse antes de celebrarse el matrimonio. Por esto se exige que se reciban ante escribano para evitar falsificacion en las fechas.

ARTICULO V.

DE LOS EFECTOS DE LOS ESPONSALES.

El principal efecto de los esponsales es la obligacion recíproca que producen en cada una de las partes de cumplir lo prometido, cuando la otra lo pida. De esta obligacion nace una accion que compete á cada una de ellas para exigir á la otra este cumplimiento.

Este efecto se deriva de la naturaleza de los esponsales que son un contrato sinalagmático.

El segundo efecto de los esponsales es una consecuencia del primero, y consiste en el impedimento que prohibe á los prometi-

dos esposos el que puedan casarse licitamente con otra persona. Este impedimento es solo prohibitivo, no derimente segun veremos despues, *part*. 3.

Finalmente el tercer efecto de los esponsales es un impedimento dirimente llamado de publica honestidad, que aun despues de disueltos dichos esponsales impide que una de las partes pueda casarse con uno de los ascendientes por linea recta de la otra parte, y aun con ninguno de los colaterales de primer grado, segun veremos en la *part*. 3.

ARTICULO VI.

QUE JUECES SON COMPETENTES PARA CONOCER SOBRE LA VALIDEZ DE LOS ESPONSALES LA PARTE QUE SE NIEGA A SU CUMPLIMIENTO PUEDE SER COMPELIDA A ELLO, Y EN QUE PENA INCURRIRIA EN CASO DE NEGATIVA.

---

49. Siendo los esponsales un contrato, pertenecen como los demas contratos al orden politico, y deberia conocer de ellos el juez seglar. Sin embargo atendido que los esponsales tienen por objeto el matrimonio y que este elevado á la dignidad de sacramento tiene algo de espiritual, permitieron nuestros reyes que los jueces eclesiásticos conociesen en estas materias, con tal que se limitasen á conocer acerca de su validez ó nulidad, sin entrometerse en los daños y perjuicios resultantes de su inejecucion.

El juez eclesiástico solo puede conocer de los esponsales entre los mismos prometidos esposos. Si se tratase de un padre que hubiese prometido casar su hijo ó hija con alguno; para el cumplimiento de su promesa solo puede ser emplazado ante un juez seglar.

50. El prometido esposo citado ante el juez confiesa ó niega la promesa de matrimonio: si la niega no podrá admitirse prueba testimonial.

51. Si la promesa fuese reconocida ó competentemente probada indagará el juez eclesiástico si los esponsales fueron válidamente contraidos, ó si alguna nueva causa sobrevenida releva de su cumplimiento á la parte renitente. Si los esponsales son válidos y deben cumplirse, el juez eclesiástico exorta á dicho renitente á que cumpla su promesa, pero no puede condenarle precisamente á ese cumplimiento, sin que pueda compelerle á ello por medio de cen-

suras eclesiásticas. Si lo hiciese, podria tener lugar el recurso de fuerza. Si sus exortaciones fuesen inútiles, deberá pronunciar la disolucion de los esponsales, pudiendo segun nuestro derecho imponerle una penitencia por haber faltado á su palabra, cuya penitencia consiste en algunas oraciones ó ligeras limosnas. Mejor es tolerar esta falta en el cumplimiento de la palabra como un mal menor para evitar los grandes perjuicios que resultarian de matrimonios forzados; *can. requisivit*, 17 *extr. de spons*.

52. No puede el juez eclesiástico entrar en el juicio de los daños y perjuicios, y haciéndolo tendria lugar el recurso de fuerza, á no ser que la calidad clerical del convenido hiciese al juez eclesiástico competente.

53. Fuera de este caso deberá conocer de los daños y perjuicios del incumplimiento de los esponsales el juez del domicilio del convenido. Por mas que la cuestion de la validez de los esponsales haya sido examinada ante el juez eclesiástico, podrá el juez seglar entrar en este examen; porque las providencias del tribunal eclesiástico no forman estado ante el tribunal civil que es independiente de aquel. Si encuentra válidos los esponsales, condena á la parte que se niega á cumplirlos al pago de los daños y perjuicios.

Generalmente para computar estos daños y perjuicios se toman en cuenta los gastos hechos en las diligencias sobre los esponsales, la pérdida de tiempo que este juicio hubiese acarreado al que se queja de la falta de cumplimiento de los esponsales, y á veces tambien la afrenta ó agravio que sufre aquel á quien no se cumple lo prometido, mas que mas si hay que temer que esta circunstancia haya de perjudicarle para poderse casar con otra persona.

54. El juez al condenar al que se niega á cumplir la promesa de casamiento al pago de una cantidad por razon de daños y perjuicios, no debe añadir esta alternativa, *á no ser que prefiera casarse*; esto seria indecoroso, y parece amenguar la libertad que debe reinar en los matrimonios: nuestro tribunal supremo la prohibió por decreto de 10 de marzo de 1713.

ARTICULO VII.

DE LAS CAUSAS QUE PUEDEN RELEVAR A LAS PARTES DEL CUMPLIMIENTO DE LOS ESPONSALES.

55. No cabe duda que los futuros esposos pueden por el recíproco consentimiento relevarse del cumplimiento de los esponsales. Esto tiene lugar aun cuando los esponsales hubiesen sido confirmados con juramento, sin que las partes tengan que impetrar solucion de dicho juramento. Este no es mas que una cosa acceabsoria, y faltando la base que son los esponsales, quedará destruida la obligacion del juramento por falta de objeto, segun este principio de derecho: *Quæ accessionum locum obtinent, extinguntur quum principales rés peremptœ sunt l. 2; ff. de pen. leg.*

56 Por mas que los esponsales pueden disolverse por mutuo consentimiento de las partes, sin embargo si fuesen menores los que los hubiesen contraido con autorizacion de sus padres ó tutores, será tambien necesaria esta autorizacion para disolverlos, mientras se hallen bajo la potestad de otro: *Quæque eodem modo dissolvuntur, quo colligata sunt*; *l. 35, ff. de reg. jur.*

57. Repútase haber mediado el mutuo disentimiento de los futuros esposos, cuando dejan pasar el tiempo prescrito en los esponsales para cumplir con la promesa de matrimonio, sin instar ni una ni otra parte este cumplimiento: el transcurso de tal tiempo destruye de pleno derecho los esponsales; *cap. 22, extr. de spons.*

Si en los esponsales no se hubiese prefijado tiempo, los emperadores Constantino y Constante deciden que viviendo las partes en una misma provincia, podrá la prometida esposa casarse inpunemente con otro al cabo de dos años; *l. 2, cod. de spons.*

Si el prometido esposo estuviese ausente su, prometida no estará obligada á esperar su vuelta mas allá de tres años; *l. 2, cod. de repud.*

58. Se entenderá sobre todo que las partes se han relevado tácitamente del cumplimiento de los esponsales, si por hecho de uno y otro hubiesen contraido algun impedimento dirimente de su futuro matrimonio; como si despues de haber contraido esponsales

con una viuda enbarazada de un póstumo, hubiese sido despues padrino á sus instancias. *V. infra, part.* 3.

Seria de otra suerte, si el impedimento dirimente procediese del hecho de una sola de las partes, como si despues de los esponsales el prometido esposo hubiese tenido relaciones carnales con una parienta inmediata de su prometida. Esta quedará en tal caso libre respeto de su prometido, pero no este respeto de aquella, y si ella lo exige, estará obligado á solicitar á sus costas la dispensa de este impedimento, y de lo contrario estará obligado al pago de los daños y perjuicios.

59. Hay ciertas causas en virtud de las cuales queda una de las partes relevada de su promesa sin el consentimiento de la otra.

1.° Cuando una de las partes falta á la fidelidad prometida, la otra queda libre de su obligacion. Asi se decide en el *cap. quemadmodum, extr. de jurejur*, que si una de las partes pudiese probar que la otra tuvo despues de los esponsales relaciones carnales con alguna persona quedará libre de su promesa. Por idéntica razon si alguna de las partes contrajese matrimonio, ó no fuese mas que simples esponsales con otra persona, quedará libre el otro prometido esposo.

Es de notar que solo queda libre aquel á quien se hubiese faltado á la fidelidad, no el otro, que continua obligado.

Bien es verdad que el que se hubiese casado á pesar de la palabra dada, no podrá ser compelido á su cumplimiento, mientras subsista el matrimonio; pero podrá serlo al pago de los daños y perjuicios resultantes de la inejecucion de los esponsales y aun despues de disuelto el matrimonio que ponia obstáculo al cumplimiento de la promesa, estará obligado á cumplirla si fuere instado para ello.

Si una prometida esposa faltase á su palabra teniendo relaciones carnales con otro hombre, y negándome yo á casarme con ella hubiese sido condenado al pago de daños y perjuicios por no haber podido probar esta poderosa causa de mi negativa; no podria ella en conciencia acceptar este pago, ó deberia restituírmelo en caso de haberlo recibido; porque ella sabe bien que me dió un motivo justo y legal que me relevaba del cumplimiento de mi promesa.

60. 2.° Una de las partes queda libre del cumplimiento de los esponsales sin consentimiento de la otra, cuando á esta le sobrevie-

ne algun accidente que habria seguramente impedido la celebracion de dichos esponsales á haber podido preverse.

Ejemplos: I. Si la persona con quien habia prometido alguno casarse, se hubiese puesto paralítica ó leprosa, ó hubiese perdido los ojos ó la nariz, ó bien le hubiese sobrevenido alguna otra enfermedad crónica y grave, como la epilepsia, el que hubiese prometido casarse con esta persona, quedará libre de esta promesa.

II. Lo mismo tendria que dicidirse si la persona con quien prometió alguno casarse, hubiese sido condenada despues á una pena infamatoria.

III. Tambien tendria lugar la misma decision, si esta persona hubiese sufrido despues de los esponsales un golpe de fortuna que le hubiese arruinado, de suerte que no pudiese aportar los bienes necesarios para acudir por su parte al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Y esto deberá observarse aun cuando nada se hubiese dicho en los esponsales de lo que cada una de las partes aportaria. Por supuesto que ofreceria menos dificultad si esto se hubiese determinado ya; porque en tal caso se reputa que la promesa de matrimonio es bajo la precisa condicion de que cada una de las partes aportaria lo convenido. Y como en nuestra especie una de las partes por la ruina de su fortuna no puede aportarlo, claro está que la otra quedará libre, *cuasi ex defectu conditionis*.

IV. Si mi futura esposa hubiese sido robada por alguno despues de los esponsales, por mas que no hubiese consentido en el rapto, quedaré por este hecho relevado del cumplimiento de mi promesa: porque aun cuando no pueda echarle en cara el haber faltado á la fidelidad prometida, ni puedo yo pretender hallarme relevado de mi obligacion á consecuencia de una culpa por su parte cometida, lo estoy sin embargo á causa de la nota que recae en una joven que haya sido robada, nota que sin duda me habria retraido de contraer los esponsales á haber podido preverla.

61. 3.° Quedaré asimismo libre de la promesa de matrimonio, no solo cuando hubiese sobrevenido á la persona con quien contraje los esponsales algun acontecimiento ó circunstancia que me hubiera retraido de contraerlos á haberlo previsto; sino tambien cuando tales acontecimientos ó circunstancias me hubiesen sobrevenido á mí.

Ejemplo: Si despues de contraidos los esponsales me hubiese acometido alguna enfermedad que no me permitiese contraer matrimonio sin peligro de perder la salud y tal vez precipitar mi muerte, como si me hubiese atacado una tisis, ó bien si la enfermedad contraida fuese tal que me impidiese ganar la subsistencia, ó un golpe de fortuna me hubiese arruinado de manera que no pudiese soportar las cargas del matrimonio que nos habiamos comprometido á celebrar; en todos estos casos y otros semejantes quedo dispensado del cumplimiento de los esponsales que no habria contraido á haber podido prever que tales circunstancias habrian de sobrevenir.

¿Que diremos, si despues de haber celebrado los esponsales con una persona cuya fortuna era á la sazon igual á la mia, me hubiesen sobrevenido grandes riquezas de suerte que hubiese muy notable desproporcion entre nuestras fortunas, cuya circunstancia me habria retraido de contraer los esponsales á haberlo podido prever? ¿Podré en conciencia dejar de casarme con mi prometida esposa y buscar otro partido mejor, sujetándome á pagarla los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de los esponsales, ya que en el fuero externo de ninguna manera puedo evitarlo? Sorprendiome que el autor de las conferencias de Paris. *t* 1, *pag.* 181 y 182. se hubiese decidido por la afirmativa, al paso que el jesuita Sanchez reputado comunmente por hombre de principios poco severos está por la negativa. En mi concepto la avaricia no puede excusar ni á los ojos de Dios ni á los de la gente honrada la inejecucion de un contrato solemne.

62. Aunque nada de nuevo haya sobrevenido ni al uno ni al otro de los contraentes, me bastará sin embargo que descubra en la persona con quien habia celebrado los esponsales, alguna cosa que existia ya al tiempo de celebrarlos, pero de que no tenia noticia, y que á haberlo sabido me habria retraido de hacer mi promesa. La reticencia y disimulo de la parte con quien contraté los esponsales son otra razon mas para librarme del cumplimiento de mi promesa.

Ejemplo: Asi seria, si yo hubiese averiguado despues de los esponsales que la joven con quien contraje esponsales, hubiese sido perseguida anteriormente por la justicia, ó hubiese tenido relaciones carnales con alguno.

Verdad es que Inocencio III, *cap. quemadmodum* antes citado, decide que nadie puede excusarse del cumplimiento de su pro-

mesa de matrimonio, so pretesto de que la futura esposa hubiese tenido relaciones carnales anteriormente á los esponsales, pero la delicadeza de nuestras costumbres ha rechazado esta decision.

63. Es de notar que si despues de haber sobrevenido á mi prometida esposa alguna de estas causas capaces de relevarme del cumplimiento de mi obligacion, y asimismo despues de haber descubierto una de estas circunstancias cuya existencia ignoraba al tiempo de los esponsales, hubiese sin embargo continuado frecuentando la casa de mi prometida y tratandola como tal, este hecho me quita la facultad de alegar aquella causa legitima para que se me considere libre de mi promesa, por cuanto mi comportamiento hace presumir haber confirmado los esponsales con entero conocimiento de causa.

Lo mismo deberia decirse, si fuese la futura esposa la que hubiese continuado recibiendo á su prometido despues de haberle sobrevenido ó de haber sido descubierta alguna de estas causas legítimas.

64. Segun el derecho de las decretales, una de las partes contrayentes puede lícitamente faltar al cumplimiento de los esponsales sin el consentimiento y aun apesar de la otra parte, entrando en una religion y pronunciando los votos solemnes, ó bien ordenándose de órdenes mayores, bajo el supuesto de que esta otra parte no puede llevar á mal que su prometido se consagre á Dios. Yo creo que si en tal caso es lícito faltar á la fe de los esponsales, deberá precisamente ser sujetándose á dar una indemnizacion á la otra parte.

65. La simple entrada en una religion no destruye los esponsales que quedan en suspenso hasta la profesion. La otra parte sin embargo quedará libre respeto del que entró en el noviciado; pues el que toma los hábitos religiosos manifiesta evidentemente que renuncia á los esponsales. *Van-Espen, de sponsal. cap.* 2, *n.* 10.

APENDICE

DEL DERECHO ESPAÑOL.

Entre nosotros debe tenerse presente que por la Real Pragmatica de 28 de abril de 1803 son nulos los esponsales celebrados sin el consentimiento paterno ò de aquellas personas que deben darlo para celebrar el matrimonio. Se prescribiò esta formalidad para poner coto al fraude con que era burlada la ley que exige el consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familias menores de veinte y cinco años: los que querian burlar esta ley, contraian esponsales sin conocimiento de sus padres, y como este contrato era válido, el tribunal eclesiástico obligaba á cumplirlo desatendiendo cualquier oposicion por parte de los padres.

El conocimiento de cualquier espediente sobre validez de los esponsales y su cumplimiento es en España propio y privativo de los tribunales eclesiásticos. Hasta aqui no se ha hecho reforma alguna en la legislacion antigua, y rige la ley 9., *tit.* 2, *p.* 4.

Antiguamente se obligaba á los que hubiesen contraido esponsales, á casarse, y aun se les tenia encarcelados hasta que consentian en hacerlo. Ahora se les amonesta solamente, y si no acceden, no llevan mas pena que la de no poder contraer matrimonio con otra persona diferente de la que recibió su promesa. Esto se entiende mientras no haya hallado el tribunal eclesiástico algun motivo suficiente para anular la promesa de matrimonio, ó la parte interesada no desista de oponerse á la celebracion de otro matrimonio.

Segun la ley 39, *tit.* 11, *p.* 5, el que hubiese consentido en incurrir en una pena caso de faltar á su promesa de casamiento, no debe ser compelido á satisfacer esta pena, aun cuando despues se retracte. Imposible parece que cuando las leyes civiles tanta circunspeccion manifiestan para remover todo motivo que pudiera inducir á celebrar un matrimonio no del todo espontáneo, sigan en su rigor los tribunales eclesiásticos, y que no se haya adoptado siquiera la legislacion francesa que refiere Pothier, que permitia á los desposados apartarse de los esponsales, sugetándose solo al pago de daños y perjuicios.

CAPITULO II.

DE LAS PROCLAMAS Ó AMONESTACIONES.

66. Al matrimonio deben preceder las amonestaciones ó proclamas que no son otra cosa mas que notificaciones públicas que se hacen en las misas solemnes de las parroquias, del matrimonio que las personas que se nombran, tratan de contraer, prescribiendo á todos aquellos que supiesen algun impedimento de dicho matrimonio la obligacion de revelarlo.

Vamos á tratar, 1.° de la antigüedad del uso de las proclamas y de su necesidad, 2.° de su forma, 3.° quien debe publicarlas, 4.° donde, 5.° en que tiempo, 6.° de que cosas debe asegurarse el párroco antes de publicarlas, 7.° trataremos asimismo de las dispensas de proclamas, y 8.° de las oposiciones á su publicacion.

§. I.

De la antigüedad del uso de las proclamas y de su necesidad.

67. El uso de hacer preceder á los matrimonios la publicacion de las amonestaciones es muy antiguo en la iglesia. Hácese mencion de ellas en la epístola decretal de Inocencio III al obispo Beauvais en el principio del siglo XIII. Aquel mismo papa estableció en el concilio de Latran que esta costumbre se observase en toda la iglesia; *cap. cum inhibitio, extr. de cland. spons.*

68. Los motivos de esta desciplina son, 1.° impedir los matrimonios clandestinos haciendo pùblica su celebracion aun antes de verificarse; 2.° obtener la revelacion de los impedimentos del matrimonio que podrian tal vez mediar entre las personas que aspiran á contraerlo.

Todo el que tuviese noticia de alguno de estos impedimentos, está obligado á revelarlo al párroco que publica las proclamas, y esto aun cuando no tuviese pruebas para ello, porque el párroco advertido por medio de las observaciones que en secreto haga á la parte, podrá convencerse del impedimento y hacer que renuncie al matrimonio.

69 El concilio de Trento renovó el decreto del de Latran, y las leyes civiles casi en todas partes lo han sancionado.

§. II.

De la forma de las proclamas.

70. Las proclamas deben contener los nombres, apellidos, calidad y domicilio de las partes, y los nombres y calidad de los padres, de suerte que el pueblo que en la iglesia las escucha, comprenda perfectamente de que personas se trata.

La publicacion debe hacerse en lengua vulgar y en voz alta é inteligible.

§. III.

Quien debe publicar las proclamas.

71. Debe publicar las proclamas el cura de la parroquia por sí ó por su vicario ó por otro sacerdote comisionado por el mismo.

Si el párroco se negase á hacer la publicacion podria emplazársele ante la curia eclesiástica á fin de obligarle á ello.

§. IV.

Donde deben publicarse las proclamas.

72. Esta publicacion debe hacerse en la iglesia parroquial de las partes, y si estas fuesen de diferentes parroquias, deberia hacerse en la parroquial de cada una de ellas, es decir, en la del lugar de su residencia ordinaria aun cuando no tuviesen alli su verdadero domicilio de derecho por no tener alli su permanencia fija, sino por razon de un empleo amovible que ejerzan.

Si una de las partes hubiese cambiado de parroquia sin salir fuera del obispado, y no hubiesen mediado seis meses cabales desde este cambio; las proclamas deberán publicarse no solo en la parroquia de su nueva residencia, sino tambien en la que dejó.

Si al mismo tiempo hubiese cambiado de diócesis, será preciso que haya mediado un año cumplido desde la traslacion á fin de que quede dispensado de publicar las proclamas en su antigua parroquia.

73. Cuando alguna de las partes habita en el distrito de una iglesia aneja á otra, las proclamas deberán publicarse en la iglesia sufraganea: publicadas en la iglesia matirz no bastarian.

De otra suerte seria si se tratase de iglesias ó capillas sucursales, establecidas para comodidad de los parroquianos distantes de la parroquial. La sucursal no es parroquia, por consiguiente no se deben publicar alli las proclamas.

§. V.

En que tiempo deben publicarse las proclamas.

74. Deben publicarse las proclamas en tres dias festivos, entendiendose ser tales todos aquellos en que la iglesia prescribe á los fieles la obligacion de oir misa.

Barbosa cuya opinion refiere Van=Espen, opina que tambien deben entenderse por dias festivos aquellos en que se hace en la parroquia alguna festividad que sin ser de obligacion sino solo de devocion, atrae á la iglesia tanto concurso como la mayor de las festividades.

La publicacion debe hacerse *inter missarum solemnia*, es decir, en el ofertorio de la misa de la parroquia: hecha por la tarde á vísperas sería abusiva.

75. Se requiere asimismo que haya un intervalo competente entre una y otra publicacion; mas esto se deja á la costumbre de cada Diocesis ó parroquia.

§. VI.

Que es lo que debe tener presente un párroco antes de publicar las proclamas.

76. La publicacion de proclamas solo debe hacerse con consentimiento de las dos partes que se han hecho recíprocamente promesa de matrimonio. Asi es que si una de las partes instase sola la publicacion de las proclamas, el párroco no debe proceder á ella sin haberse antes cerciorado del consentimiento de la otra parte. Si las partes ó una de ellas fuesen hijos de familia, ó estuviesen en poder de otro, antes de proceder á la publicacion deberá el cura cerciorarse del consentimiento de los padres, tutores ó curadores.

§. VII.

De las dispensas de las proclamas.

77. Nuestras leyes convirtiendo en disposicion civil lo que era de diciplina eclesiástica han, dejado á los obispos y vicarios generales la facultad de conceder dispensas en esta materia.

Si las partes fuesen de diferentes diocesis, no bastará la dispensa de una de ellas, sino que sera necesario obtenerla en las dos.

78. Regularmente solo se concede dispensa despues de la primera proclama, y aun entonces debe ser con un motivo urgente y legítimo.

Uno de estos motivos es el que refiere el concilio Tridentino, *Sess*, 24, *cap*. 1: Si pudiese temerse probablemente que algun mal intencionado habia de aprovecharse del tiempo que mediase entre las proclamas para suscitar obstáculos infundados al matrimonio.

Puede haber otras muchas causas justas para la dispensa, como el hallarse embarazada la futura esposa, exigiendo tal estado la aceleracion del matrimonio á fin de evitar un escándalo.

79. La disposícion que previene que no se concedan dispensas de la publicacion de alguna de las proclamas, sino por causas legítimas, no se halla observada con toda rigidez, y hasta algunas veces se tolera que los obispos ó sus vicarios generales concedan la dispensa de las tres; aunque esto no se concede sino con mucha dificultad y conocimiento de causa.

80. Falta observar que los obispos y sus vicarios generales pueden dispensar las proclamas, pero no permitir que ellas se publiquen por un eclesiástico que no sea el párroco, ni en otro lugar que no sea la parroquia de las partes: tal permision seria un abuso que podria dar lugar á un recurso de fuerza.

§. VIII.

De las oposiciones á las proclamas.

81. Las personas que pretenden tener derecho para impedir el matrimonio cuyas proclamas se publican, pueden formar oposicion á ellas. Asi podria hacerlo la que pretendiese estar casada ó sola-

mente prometida por esponsales con la persona para cuyo matrimonio se publican las proclamas.

Hacen tambien semejante oposicion algunas veces los padres, tutores y curadores que se creen con derecho para impedir tal matrimonio.

82. Por infundada que fuese una oposicion formalmente intimada al párroco, le obligará á suspender la celebracion del matrimonio hasta que la parte opositora haya desistido, ó bien el juez hubiese declarado infundada la oposicion,

El párroco que apesar de la oposicion formalmente intimada pasase á autorizar el matrimonio, segun el derecho canónico debe ser castigado con tres años de suspension: *cap. cum inhibitio extra de Cland. Spons.* Mas no por esto será nulo el matrimonio con tal que la oposicion no fuere fundada.

83. La parte que quiere verse libre de la oposicion, debe citar á la parte opositora ante el juez competente. Esta competencia depende de la naturaleza en que la causa se funda.

Si se tratase del vínculo resultante de los esponsales ó de un matrimonio anterior deberá conocer del expediente el juez eclesiástico. Si el opositor probase que habia otro matrimonio subsistente entre él y la parte cuyas proclamas se publican, referentes á otro matrimonio con otra persona; se decretará formal prohibicion de verificar el matrimonio anunciado.

Si solo se tratase de esponsales, y el opositor probase su existencia; el juez eclesiástico hallandolos buenos y válidos, exhortará á la otra parte á que cumpla su promesa. Si no obstante tales amonestaciones persistiese en su negativa, despues de haberle impuesto una penitencia decretará la disolucion de los esponsales, y se levantará la oposicion, pero nada resolverá acerca de los daños y perjuicios, pues esto corresponde al juez secular.

84. Las oposiciones fundadas en otras causas diferentes del vínculo resultante de matrimonio ó esponsales anteriores, cuales son las que forman los padres ò tutores de una de las partes, son de la competencia del juez secular.

PARTE TERCERA.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN CONTRAER MATRIMONIO ENTRE SI, Y DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO QUE SE ENCUENTRAN EN LAS PERSONAS.

85. Pueden contraer matrimonio entre sí aquellas personas que no tuviesen ningun impedimento para ello, ó que hubiesen obtenido válida dispensa de los que tal vez tuviesen.

Dividiremos esta parte en cuatro capítulos. En el primero esplicaremos las divisiones generales de los impedimentos del matrimonio que pueden encontrarse en las personas. En el segundo recorreremos las diferentes especies de impedimentos absolutos. En el tercero trataremos de las diferentes especies de impedimentos dirimentes relativos. En el cuarto trataremos de las dispensas de estos impedimentos.

En esta parte solo trataremos de los impedimentos que se encuentran en las personas. De los otros que nacen del defecto de algunos de los requisitos necesarios para la validez del matrimonio, hablaremos en la parte cuarta.

CAPITULO I.

DIVISIONES GENERALES DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO QUE SE ENCUENTRAN EN LAS PERSONAS.

86. La principal division de los impedimentos del matrimonio que pueden encontrarse en las personas, consiste en aquellos que se llaman *dirimentes*, y los que se llaman simplemente *prohibitivos*.

Son impedimentos dirimentes los que hacen nulo el matrimonio de la persona en quien se encuentran, cuando lo contrae.

Pero si esos impedimentos no sobreviniesen en la persona de uno de los cónyuges hasta despues del matrimonio, no anularán, segun veremos mas abajo, un matrimonio válidamente contraido. En los dos capítulos inmediatos recorreremos las diferentes especies de estos impedimentos.

Los impedimentos simplemente *prohibitivos* son los que se oponen á que la persona en que concurren, pueda contraer *lícitamente* el matrimonio, pero no que lo contraiga válidamente. La persona á quien afectan, comete un pecado casandose, pero su matrimonio será válido.

87. Un voto simple de castidad mientras el que lo hizo no obtiene dispensa del superior eclesiástico, no es mas que un impedimento prohibitivo. Solo los votos solemnes de religion importan un impedimento dirimente. Asi es que una persona que hubiese hecho tal voto simple, pecará casandose, pero su matrimonio no dejará de ser válido.

Nótese que este voto subsiste al efecto de que no pueda exigir el débito conyugal, ni pasar á otro matrimonio despues de disuelto el que hubiese contraido sin cometer un nuevo pecado. Mas ese voto no impide que esté obligado á prestar el débito conyugal cuando se le pide, ya que es mas fuerte que el voto la obligacion contraida con el matrimonio, en virtud de la cual concedió á su cónyuge poder sobre su cuerpo. Asi lo decide S. Agustin en su carta al conde Bonifacio que se hallaba en un caso análogo.

88. El vínculo resultante de los esponsales válidamente contraidos forma asimismo un impedimento simplemente prohibitivo de todo matrimonio que no sea con la persona á quien fué hecha la promesa de casamiento.

89. Habia otras muchas especies de impedimentos prohibitivos que no están en uso.

Mientras subsistió en la iglesia la costumbre de las penitencias públicas, eran ellas un impedimento prohibitivo para la persona sujeta á ellas, mientras duraba la penitencia.

El asesinato de su marido ó de su muger y el de un clerigo eran para el asesino en otro tiempo un impedimento prohibitivo del matrimonio. Lo mismo sucedia con el que habia contraido matrimonio con una religiosa conocida por tal.

90. Otra division de los impedimentos del matrimonio que se encuentran en las personas, forman los que se llaman absolutos y los que son solamente relativos

Impedimentos absolutos son aquellos que impiden á la persona en quien se encuentran, el contraer matrimonio alguno. Tales son los que resultan de la falta del uso de razon, de la impubertad, de la profesion religiosa y otros de que hablaremos en el capítulo siguiente.

Impedimentos relativos son aquellos que no impiden absolutamente la celebracion de todo matrimonio, sino únicamente con ciertas y determinadas personas, tales son los resultantes del parentesco, de la afinidad y otros que expondremos en el capítulo tercero.

91. Finalmente se dividen los impedimentos del matrimonio que se encuentran en las personas, en impedimentos derivados de la naturaleza misma del matrimonio, en los que nacen de la ley natural y divina, y en otros que se fundan solo en las leyes de los príncipes seculares ó de la disciplina eclesiástica.

Los impedimentos que nacen de la naturaleza misma del matrimonio, son la falta del uso de razon, la impubertad y la impotencia. Siendo el matrimonio un contrato, no podrá celebrarlo quien no tenga cabal el uso de razon; y teniendo por fin principal la procreacion de hijos, no podrán contraerlo los que no hayan alcanzado la pubertad, ó se hallen impotentes.

Los impedimentos que nacen de la ley natural y divina, son los consignados en el capitulo 18 y 20 del Levitico.

Los otros impedimentos no tienen mas fundamento que la voluntad de los príncipes ó la disciplina eclesiástica.

CAPITULO II.

DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES DEL MATRIMONIO QUE SON ABSOLUTOS.

Los impedimentos dirimentes del matrimonio que se encuentran en las personas y son absolutos, es decir, que impiden á la persona en quien se hallan el contraer matrimonio alguno, son en número de seis; 1.° la falta del uso de razon; 2.° la falta de pubertad; 3.° la impotencia; 4.° un matrimonio subsistente; 5.° la profesion religiosa; 6.° las ordenes sagradas.

ARTICULO I.

DE LA FALTA DEL USO DE RAZON.

92. Es evidente que las personas enteramente privadas del uso de razon, ya sea por locura, ya por imbecilidad, son absolutamente incapaces de contraer matrimonio, puesto que no cabe en ellas el consentimiento que es de la esencia del matrimonio lo mismo que de los demas contratos.

Si la locura de una persona tuviese intervalos lúcidos, no cabe duda que estando esta persona durante ellos en cabal uso de razon, seria válido el matrimonio que contrajese. Es de notar que si se hubiese justificado que la locura de la persona cuyo matrimonio se impugna, comenzó antes del matrimonio, y continuó despues; incumbirá la prueba de que existian lúcidos intervalos á la parte que los alega.

No debe considerarse como una locura que importa incapacidad de contraer matrimonio, la de una persona cuya imaginacion en un punto se halla herida, conservando en lo demas su cabal juicio, como aquella que pinta Horacio:

Fuit haud ignobilis Argis
Qui se credebat miros audire tragœdos,
In vacuo lœtus sessor plausorque theatro;
Cœtera qui vitœ servabat munia recto
More.

93. Tampoco deben contarse entre los privados de razon los sordo-mudos de nacimiento. Estas personas gozan de un cabal juicio, como que dan á entender perfectamente por señas sus pensamientos, y comprenden asimismo por señas lo que se les quiere dar á entender; y por lo mismo siendo muy capaces de prestar y dar á entender su consentimiento al matrimonio, podrán celebrarlo vàlidamente. Asi lo decidió Inocencio III en el *cap. cum apud*, 22, *extr. de spons.*

ARTICULO II.

DE LA FALTA DE PUBERTAD.

94. Siendo la procreacion el fin principal del matrimonio, claro està que no podrán contraerlo los que no son hábiles para la generacion; y por consiguiente los impùberes no serán hábiles para el matrimonio: *Justas nuptias contrahunt masculi quidem puberes, feminœ vero viripotentes; inst. tit. de nup.*

La ley ha fijado la presumcion de pubertad en la edad de 14 años para los varones y de 11 para las hembras; *inst d. tit.* Antes de esta edad se presume impuber toda persona, y el matrimonio que tal vez contrajese, no seria válido; si el vigor se anticipase á la edad en una persona por manera que diese pruebas de pubertad como si una joven casada antes de los 11 años se viese embarazada, el matrimonio seria válido porque la falta de edad solo se conceptua un impedimento para el matrimonio en cuanto hace presumir la falta de pubertad; mas en esta especie la presumcion queda destruida por la verdad del hecho.

Asi se ha decidido en una sentencia que refiere Bouquier respeto de una joven viuda de 12 años y 9 meses. Los herederos del marido atacaban de nulidad su matrimonio, como contraido antes de la edad, y le impugnaban al propio tiempo los pactos y capitulaciones matrimoniales; pero habiendo la joven viuda probado que se hallaba embarazada, se declaró que el matrimonio era válido y que por consiguiente debia disfrutar de los derechos que como viuda le competian asi por las leyes como por las capitulaciones. Dice Bouquier que se opuso una sentencia en sentido contrario; pero hace observar al propio tiempo que en la especie de la sentencia opuesta la viuda no habia podido probar la consumacion del matrimonio.

La decision de la sentencia qu'edicho autor refiere, està conforme con la del papa Alejandro, III *cap. De illis*, 9, *extr. de despon. imp.* donde tratando de un matrimonio contraido entre jovenes de la edad prefijada, dice el papa: *ei ita fuerint œtati proximi, quod potuerint copula carnali conjungi, minoris œtatis intui-*

tu separari non debent, cum in eis ætatem supplevisse malitia videtur.

95. Si despues de cumplida la edad de pubertad, los cónyuges hubiesen continuado viviendo juntos como marido y muger, esta cohabitacion restablece el matrimonio, ya que encierra un nuevo consentimiento tácito que dan las partes en un tiempo en que son hábiles para contraher matrimonio. Asi lo deciden la ley 4, *ff. de nup.* y el *cap. attestationes* 20, *extr. d. desp. imp.*

ARTICULO III.

DE LA IMPOTENCIA.

96. La impotencia para la generacion es tambien un impedimento dirimente del matrimonio, que hace incapaz á la persona que la padece, para contraer matrimonio.

Por mas que la union de los cuerpos no sea precisa ni absolutamente de la esencia del matrimonio, de suerte que los cónyuges pueden de comun consentimiento abstenerse de ella; sin embargo como la procreacion de hijos que no puede obtenerse sin tal union, es el fin principal del matrimonio, es preciso cuando menos que para que uno sea capaz de contraerlo, tenga la posibilidad de realizar esta union.

Si los impúberes son considerados incapaces de contraer matrimonio, porque son inhábiles para la generacion aun cuando con el tiempo deben llegar á serlo, ¿con cuanta mayor razon serán considerados incapaces los impotentes que jamás pueden llegar á tal estado?

97. Para que la impotencia sea un impedimento del matrimonio, no importa que sea de nacimiento, ó que haya sobrevenido despues en fuerza de una enfermedad ó de otro accidente posterior.

Pero solo importa impedimento de matrimonio una impotencia perpetua é incurable, como la que resulta de la privacion de alguna de las partes necesarias á la generacion. Una impotencia pasajera cuya curacion puede esperarse, no constituye á la persona que la padece incapaz para el matrimonio.

Por mas que una vejez muy adelantada acarrea ordinariamente

sobretodo en las mugeres una impotencia para la generacion, no obstante como haya algunos casos aunque muy raros de personas que han tenido hijos en una edad muy avanzada, esta especie de impotencia no es considerada suficiente para fundar un impedimento del matrimonio. Asi es que las mugeres lo mismo que los hombres por viejos que sean, pueden contraer matrimonio.

98. La impotencia es un impedimento dirimente del matrimonio cuando existe al tiempo de celebrarse este; pero no lo anulará, si sobreviniese despues. Véase acerca de las pruebas de este vicio lo que se dirá mas abajo.

ARTICULO IV.

DEL IMPEDIMENTO QUE RESULTA DE UN MATRIMONIO SUBSISTENTE.

99. Un matrimonio subsistente forma en la persona por el ligado un impedimento dirimente que hace nulo de pleno derecho cualquier otro matrimonio que contrajese antes de disuelto el primero.

Esta especie de impedimento se funda como los otros en la naturaleza del matrimonio. Este en su origen primitivo fué instituido para unir un hombre solo con una sola muger, y esta union debe ser tan íntima que los dos no formen mas que una sola carne: *Erunt duo in carne una.* El hombre se entrega todo entero á su muger, de la propia suerte que esta se entrega á su marido, lo cual hace que el hombre no pueda unirse á otra muger ni la muger á otro hombre. Luego la poligamia es contraria á la institucion primitiva del matrimonio, y por consiguiente al orden divino y al derecho natural.

Tal era la idea que tenian de la poligamia los padres de la iglesia; tal la que se conservó por largo tiempo de esta institucion aun en el paganismo. Los romanos miraban con horror la poligamia, y un bígamo se hacia de pleno derecho infame en virtud del edicto del pretor; *l. 2, ff. de his qui not. infam.* Tampoco los Germanos tenian mas de una muger, *Tácito, de mor. germ.*

100. Debe notarse sin embargo que no es de la esencia absoluta del matrimonio el que sea la union de un solo hombre con una sola muger: es si de su institucion. Como que Dios instituyó el

matrimonio en aquella forma, no le es lícito al hombre separarse del órden por Dios establecido ni hay autoridad humana capaz de dispensarlo.

Pero Dios como legislador supremo en este punto podia disponerlo de otra suerte permitiendo á los hombres tener muchas mugeres. Y asi como habria podido, si esta hubiera sido su voluntad, establecer desde el principio el matrimonio sin que debiese ser la union de un hombre con una sola muger, asi pudo mas adelante permitir por razones particulares la poligamia á ciertas personas y aun á un pueblo entero. Asi lo hizo respeto de Abrahan, de Jacob, de David y de todo el pueblo hebreo. Dios que habia prometido á estos santos patriarcas multiplicar su raza como las arenas del mar, les permitió que tuviesen muchas mugeres á la vez.

101. Cuanto acabamos de decir, sirve para conciliar la opinion de los que sostienen que la poligamia es contraria al derecho natural, y de los que niegan que asi sea. Considerando en el matrimonio la institucion primitiva, y entendiendo por derecho natural el órden que Dios autor de la naturaleza estableció en él, puede decirse que la poligamia es contraria á este derecho; mas si se considera el matrimonio en sí mismo é independientemente de su institucion primitiva, y si solo se entienden por derecho natural las leyes invariables que en sentido estricto lo forman, y de que no es posible que la divina sabiduria se aparte jamas, leyes que santo Tomas llama muy oportunamente *prima præcepta*; bien podria decirse que la poligamia no es contraria al derecho natural, puesto que Dios la permitió un tiempo, segun hemos visto.

102. Solo hablamos de la especie de poligamia resultante de haber tenido un hombre muchas mugeres simultaneamente. La otra especie de poligamcia que se llama *poliandria*, ha sido siempre reprobada, y es evidentemente contraria al derecho natural: 1° *propter perturbationem sanguinis*. Si una muger tuviese muchos maridos, no seria posible saber cual seria el padre de sus hijos. 2° Es de la esencia del matrimonio que la muger esté sugeta á su marido, que le obedezca, que le siga donde él quiera vivir; mas si tuviese á un mismo tiempo dos maridos, imposible le seria obedecer á uno y otro, cuando le mandasen cosas opuestas; ni seguir á uno y otro cuando quisiesen vivir en diferentes lugares; es

pues la poliandria contraria á la naturaleza del matrimonio y al derecho natural.

103. En cuanto á la poligamia por la cual tiene un hombre muchas mugeres á la vez, por mas que Dios la haya permitido en otro tiempo, es indudable que despues de la publicacion del evangelio se halla prohibida. Jesucristo restituyó por la ley evangélica el matrimonio á su primitiva institucion, y quiso que el marido y la muger fuesen *duo in carne una*. Habiendo esta ley elevado el matrimonio de los cristianos á la dignidad de sacramento, y convertídole en tipo y figura de la union de Jesucristo con su iglesia; *Sacramentum magnum in Christo et in eclesia*; siendo la iglesia una y la única esposa de Jesucristo, el matrimonio de los cristianos tipo de este union, debe ser de solo hombre con una sola muger. Con razon pues el concilio de Trento, *sess*. 24, *can*. 2, fulminó anatema contra los que dijesen ser permitido á los cristianos el tener muchas mugeres.

Luego el matrimonio mientras no se halle disuelto por la muerte de alguna de las partes, es un impedimento dirimente, que impide al marido casarse con otra muger, y á la muger casarse con otro hombre.

104. Esta decision tiene lugar aun cuando el matrimonio contraido antes de disuelto el primero hubiese sido celebrado de buena fe por la una de las partes que tuviese un justo motivo de creer que su primer cónyuge habia muerto.

Si con el tiempo llegase á descubrirse el error, el segundo matrimonio aunque contraido de buena fe, seria declarado nulo.

Ejemplo: Si la muger de un soldado despues de haber recibido certificados en forma que atestiguaban que su marido habia muerto en cierta batalla, hubiese contraido matrimonio con otra persona, y el primer marido creido muerto compareciese despues, y se hiciese reconocer; el segundo matrimonio por mas que de buena fe contraido, deberá ser declarado nulo.

Esto tiene lugar por largo que fuese el tiempo que hubiese mediado entre la desaparicion del marido y la celebracion del segundo matrimonio; porque continuando subsistente el primero ha sido un obstáculo insuperable para la validez del segundo.

El famoso Juan Maillard no volvió á presentarse hasta despues de cuarenta años de ausencia: su muger no le reconocia ya, ó fingia

no reconocerle; no obstante todas estas circunstancias el matrimonio que esta habia contraido durante su ausencia en virtud de un certificado de muerto, no dejó de ser declarado nulo en sentencia de 6 de agosto de 1674; *tom. 3, Journ. des audien.*

Todo el efecto que produce la buena fe en tal caso, se reduce á que por mas que sea nulo el segundo matrimonio, los hijos que de él nacen, no son reputados bastardos, sino que en consideracion á esta buena fe tienen en la herencia de su padre y su madre los mismos derechos que los de un matrimonio válido y legítimo.

Por mas que el marido no se hubiese presentado delante de su muger, sin embargo si esta y su segundo marido hubiesen entrado en conocimiento de la equivocacion del certificado de óbito en virtud del cual se celebró el segundo matrimonio, atestiguando personas de crédito que el primer marido creido muerto habia sido visto en algun parage, las partes advertidas debidamente del error están en conciencia obligadas á separarse.

105. Como nadie puede contraer un segundo matrimonio mientras no se halle disuelto el primero por la muerte de su primer cónyuge, síguese que mientras esta muerte no conste positivamente, no podrá autorizarse otro segundo: porque de otra suerte, se expondria á cometer un adulterio, y esta exposicion voluntaria le haria culpable de este crímen ante Dios: S. Basilio *ad Amphil. can.* 31.

Es verdad que segun la disposicion de la ley romana, si uno de los cónyuges hubiese sido reducido á cautividad, y en cinco años no se hubiese sabido de él, era reputado muerto, y el otro cónyuge podia contraer un segundo matrimonio; *l.* 6 *ff. de divort.* Pero la iglesia nunca ha autorizado esta permision de la ley secular que posteriormente fué derogada por Justiniano en la novela 117, *cap.* 11.

106. Asi como no es permitido en conciencia á una persona el pasar á un segundo matrimonio sin estar segura de la muerte de su primer cónyuge; de la propia suerte no podrá ningun clérigo en el fuero externo casar una persona que lo hubiese sido ya, sin hacerse presentar documentos fehacientes en que conste completamente la muerte del primer cónyuge. Esto tendrá lugar aun cuando hiciese ya mucho tiempo que el primer cónyuge se hallase ausente, habiendo sido inútiles todas las investigaciones hechas para conseguir noticias de él, y aun cuando hubiesen mediado

treinta ó cuarenta años. Asi lo decide el papa Clemente III, *cap.* 19, *extr. de spons.*

Los documentos fehacientes de la muerte del primer cónyuge, á fin de que el párroco pueda casar al viudo sin comprometerse, son 1.° la fe de óbito sacada del registro de sepulturas de la parroquia ú hospital en que acaeció la defuncion.

2.° A falta de este testimonio por haberse perdido el registro ó por no hallarse continuado en él el acto de sepultura por negligencia del encargado de este registro, podrá formarse un espediente en que personas dignas de toda fe y crédito declaren ante el juez algun acto justificativo de la muerte del primer cónyuge. Este espediente equivaldrá á una fe de óbito.

El hecho deberá quedar justificado por dos testigos cuando menos. Si en asuntos pecuniarios no basta un solo testigo, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, l.* 9, *cod. de test.*; con mayoria de razon no deberá bastar en asunto de tamaña importancia. Sanchez opina que podrá bastar en un caso, cuando, á saber, el primer cónyuge hubiese muerto en un pais muy remoto de donde es en extremo dificil saber noticias. Sus dificultades ofrece en mi concepto admitir esta excepcion á la regla general.

3.° El certificado librado por el gefe de un regimiento, en que atestigua que un individuo del cuerpo fué encontrado entre los muertos de cierta batalla, es un testimonio válido.

4.° El transcurso de cien años y mas desde el nacimiento de la persona cuya muerte se inquiere, hace presumir que esta acaeció, á tenor de las leyes que dicen que *is finis vitæ longisimus est*; *l.* 8, *ff. de usuf. leg. et alibi.*

107. Cuanto llevamos dicho acerca de que un primer matrimonio es un impedimento dirimente para que la persona que lo contrajo, pueda celebrar otro segundo, mientras aquel subsista, solo tiene lugar cuando el primero es válido. Si fuese nulo, como que una cosa nula no puede producir efecto alguno, no podria formar un impedimento dirimente. Sin embargo el que hubiese contraido un matrimonio de esta naturaleza, no podrá contraer otro antes de haber obtenido una declaracion de nulidad del primero, no debiendo constituirse él propio juez en esta materia. Pero si de hecho hubiese contraido otro matrimonio antes de haber cumplido con este requisito, no dejará de ser válido, mientras despues se declarase la nulidad del primero.

ARTICULO V

DEL IMPEDIMENTO QUE FORMAN LOS VOTOS SOLEMNES.

---

108. Los votos solemnes de religion forman en el religioso profeso un impedimento dirimente que le hace absolutamente incapaz para contraer matrimonio alguno. Este impedimento se deriva de la disciplina eclesiástica, y no siempre ha sido dirimente.

Verdad es que el matrimonio siempre ha sido prohibido por la iglesia á la persona consagrada á Dios por sus votos, pero esta prohibicion solo formaba un impedimento puramente prohibitivo: ni el poder temporal ni la iglesia durante muchos siglos habian convertido estos votos en impedimento dirimente. En el código romano encontramos una ley del emperador Joviano, que conmina la pena de muerte contra los que empleasen la seduccion para casarse con las vírgenes consagradas á Dios; *l.* 5, *cod. de episc. et cler.* Pero ni una sola ley encontramos que declare nulos los matrimonios contraidos libremente por tales personas.

En cuanto à la disciplina eclesiástica, el papa Inocencio I que ocupaba la Sta. Sede á principios del siglo V, mira como válido el matrimonio contraido por las vírgenes consagradas á Dios; puesto que consultado por Victricio obispo de Rouen le responde que solo debe sujetarlas á la penitencia pública despues de la muerte de sus maridos.

S. Agustin, *de bono viduitatis, cap.* 10, dice formalmente que el matrimonio contraido con tales personas es válido. Hace mas: combate á algunos que por un celo poco ilustrado opinaban que tales matrimonios eran mas bien adulterios.

El concilio Calcedonense celebrado en 451 prohibió, *can.* 16, á las personas consagradas á Dios por el voto de religion, el contraer matrimonio; mas no declara nulo el que contrajeren: solo fulmina contra ellos la pena de excomunion.

S. Leon que presidió este concilio por medio de sus delegados, en el artículo 14 de su carta á Rústico obispo de Narbona (esta carta es la segunda de este papa, en la edicion del padre Quesnel y la 92 en las otras ediciones) no le dice que el matrimonio de los

monges sea nulo, sino que únicamente debe sujetarse á la penitencia.

109. El autor de las conferencias de Paris pretende que los votos de religion empezaron à ser un impedimento dirimente desde el siglo VI en tiempo de S. Gregorio, fundado en una carta de este papa que es la novena del libro VI de sus cartas. Mas en esta carta solo manda detener y hacer encerrar en un monasterio á una religiosa que habia dejado el hàbito para volver al siglo: nada se habla de que esta religiosa fuese casada.

El canon 52 del cuarto concilio de Toledo celebrado en 633, prescribe que se imponga penitencia á los monges que salieren de sus monasterios, y se casaren. Este canon tampoco declara nulos los matrimonios, ni dice que despues de cumplida la penitencia no pudiesen los monjes ser devueltos á sus mugeres.

En Inglaterra á fines del siglo VII no eran mirados como un impedimento dirimente los votos religiosos. Asi nos lo enseña el penitencial de Teodoro de Cantorvery en cuyo artículo 18 se dice: *Si quis maritus votum Domino habet virginitatis, adjungatur uxori* NON DIMITAT UXOREM, *sed pœniteat tribus annis*. Bien es verdad que Graciano para acomodar este canon á la disciplina de su siglo añadió antes de la palabra *votum*, *simplex*; pero los correctores romanos afirman que esta palabra *simplex* no se halla en ninguno de los manuscritos de aquel penitencial.

Todavia en el siglo VIII encontramos un monumento que prueba que la profesion religiosa no era aun considerada como impedimento dirimente del matrimonio. Tal es una respuesta dada en 754 por el papa Estevan II (1) el cual entonces se encontraba en Francia, sobre muchos puntos de disciplina acerca de los cuales habia sido consultado: en el art. 7.° dice asi: *De monachis et nonnis de monasterio fugientibus in chalcedonensi, cap.* 16, *ita continetur: Virginem quæ se Deo consacraverit, similiter et monachum non licere nuptialia jura contrahere; quod si hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicentur; confitentibus autem decrevimus ut habeat auctoritatem episcopus humanitatem misericordiamque largiri.*

110. Hácia el siglo X fué cuando el voto de religion empezó á

(1) O tercero porque entre el papa Zacarias y este habia habido otro Estevan que solo sobrevivió cuatro dias á su eleccion.

considerarse al menos en algunas provincias como un impedimento dirimente del matrimonio. Asi se desprende del concilio Trosleyano celebrado en 909 bajo el reinado de Carlos el Simple.

El primer concilio de Latran celebrado en 1123 bajo Calixto II, en el canon 21 dice: *Contracta quoque matrimonia ab ejusmodi personis disjungi.*

111. El segundo concilio de Latran celebrado en 1139 en el pontificado de Inocencio II, es todavia mas explícito, y establece por regla general de disciplina que el voto religioso debe ser un impedimento dirimente del matrimonio.

Desde entonces fué observada constantemente esta disciplina que al fin fué confirmada por el concilio de Trento, *sess.* 24, *can.* 9. Y hasta los tribunales seculares se han atenido á esta doctrina.

112 Nótese que solo el voto solemne de religion que se pronuncia al profesar una de las órdenes religiosas, ó al tomar órdenes clericales mayores, es un impedimento dirimente del matrimonio: cualquier otro voto de continencia no forma mas que un impedimento prohibitivo; *cap.* 3, *extr. Qui voventes.* Veanse asimismo el *cap.* 4 y *el* 6.

113. Solo los votos pronunciados al entrar en una órden religiosa aprobada por las leyes del reino, pueden considerarse como votos solemnes de religion, capaces de formar un impedimento dirimente del matrimonio. No seria lo mismo respeto de los que se hubiesen hecho en algunas congregaciones ó casas establecidas con debida autorizacion pero no como órdenes religiosas, sino como comunidades eclesiásticas. Los votos que en tales establecimientos se hicieren, serán considerados como votos simples.

114. Para que los votos solemnes de religion sean un impedimento dirimente, es preciso que hayan sido hechos públicamente, con entera libertad, despues de un año de noviciado y á los diez y seis años de edad cuando menos.

ARTICULO VI.

DEL IMPEDIMENTO QUE RESULTA DE LAS ORDENES SAGRADAS.

---

115. Las ordenes sagradas que son el sacerdocio, (con mayoria de razon el episcopado) el diaconato y subdiaconato, forman un impedimento absoluto que quita á los ordenados la facultad de contraer válidamente el matrimonio.

Este impedimento no ha sido siempre mirado como dirimente: durante muchos siglos fué mirado como meramente prohibitivo.

La primera ley que prescribió que las órdenes sagradas fuesen un impedimento dirimente, fué la constitucion de Justiniano *l.* 45, *cod. de Episc. et cler.* Antes de esta ley los ordenados de ordenes mayores que se casaban, solo incurrian en la pena de deposicion; mas Justiniano quiso que ademas su matrimonio fuese nulo, como los demas prohibidos por las leyes civiles, y que los hijos nacidos de tal union fuesen considerados como bastardos.

Dionisio Godofredo en sus notas á esta ley, opina que Justiniano derogó posteriormente la pena de nulidad puesto que en sus novelas constituciones solo habla de la pena de deposicion del órden contra los ordenados que se casasen; *nov.* 6, *cap.* 5; *nov.* 22, *cap.* 42.

En las provincias de occidente separadas ya del imperio en tiempo de Justiniano, donde solo se conocia el código de Teodosio, no encontramos antes del siglo XII ley ni canon alguno que pronuncien la pena de nulidad de los matrimonios contraidos por ordenados de ordenes mayores. Antes al contrario en el concilio de Paris celebrado en 829 bajo el reinado de Luis el Bondadoso y Lotario su hijo, hallamos una prueba evidente de que tal matrimonio no era reputado nulo. El concilio de Ausburgo celebrado en 952 de orden y en presencia del emperador Oton el Grande, á que concurrieron muchos obispos de Alemania de la Galia y de Italia, prohibe en su primer canon el matrimonio de los ordenados en ordenes mayores, pero solo bajo la pena de deposicion. En la coleccion de canones que publicó Bourchard obispo de Wormes desde el

año 1008 hasta 1026 no se encuentra ni un solo canon que presente las órdenes mayores como un impedimento dirimente.

Encontramos un argumento mas positivo en una carta de Ibo de Chartres á Galon obispo de Paris que le habia consultado acerca del matrimonio contraido por algunos de sus canónigos. Respóndele el de Chartres que si una cosa semejante hubiese sucedido en su diócesis dejaria subsistir el matrimonio y se contentaria con hacer bajar al culpable á un orden inferior.

116. Bien pronto las ordenes sagradas se consideraron como un impedimento dirimente segun se desprende del canon del primer concilio de Latran, y mas aun de otro canon del segundo, citados antes en el artículo precedente, *n.* 110 y 111.

Este derecho se ve despues establecido en todas las decretales de los papas que se hallan en el cuerpo del derecho canónico.

117. El poder secular ha adoptado y confirmado la disciplina en este punto.

118. Se ha preguntado si un subdiàcono que habia incurrido en irregularidad á causa de haber perpetrado un asesinato, y despues se habia casado, habia podido contraer válidamente este matrimonio. La duda se funda en que siendo el motivo que ha tenido la iglesia para prohibir el matrimonio á los ordenados de ordenes mayores la incompatibilidad que se encuentra entre la pureza que exigen las sagradas funciones de su ministerio y el uso carnal del matrimonio, puesto que el eclesiástico que incurrió en irregularidad queda privado de ejercer tales funciones, no podia ser reputado incapaz para contraer matrimonio. No obstante esta razon el papa Alejandro III consultado sabre este caso, decide que no podia casarse, porque *nemo ex delicto suo jus consequi potest; cap.* 1, *in fine*, *extr. de vot. et vot. redempt.*

119. Fáltanos observar que las ordenes mayores son, si, un impedimento dirimente respeto del matrimonio que el ordenado contrajese despues de su promocion; pero no anulan el que hubiese contraido antes; *cap.* 1, *de vot. et vot. redempt. extr. Joan. XXII.*

Nótese que la persona casada promovida á órdenes mayores, queda inhibida de las funciones de su ministerio, sin que pueda tener la rehabilitacion, como no sea á tenor de lo prescrito *infra* parte 6, *cap.* 2, *art.* 2.

CAPITULO III.

DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES RELATIVOS, Ó DE LA INCAPACIDAD QUE TIENEN CIERTAS PERSONAS DE CASARSE ENTRE SI.



120. Llamamos *impedimentos dirimentes relativos* los que forman un obstáculo para que dos personas á quienes ellos afectan, puedan casarse válidamente entre sí, por mas que puedan hacerlo con otras.

Nueve son sus especies: 1.° El parentesco natural; 2.° La afinidad; 3.° El parentesco civil; 4.° El parentesco corporal; 5.° El impedimento de pública honestidad; 6.° El que resulta del rapto y de la seduccion; 7.° El de un cónyuge respeto de su adultero; 8.° El de uno de los cónyuges con el asesino del otro; 9.° La diversidad de cultos.

ARTICULO I.

DEL IMPEDIMENTO QUE RESULTA DEL PARENTESCO NATURAL.

Veremos en el primer párrafo que es parentesco natural, y de que manera se computan los grados de parentesco. En el segundo párrafo examinaremos que parentescos forman un impedimento dirimente, y que cambios ha sufrido en este punto la disciplina.

§. 1.

Que es parentesco natural y de que manera se computan los grados en las diferentes lineas de parentesco.

121. Parentesco natural es el vínculo que la naturaleza forma entre dos personas que descienden una de otra ó de un tronco comun. Las palabras, *que descienden una de otra,* designan el parentesco en línea recta, estas otras *ó de un tronco comun* designan el parentesco de línea colateral.

122. Se llama *linea de parentesco* la serie de personas por las cuales como por una cadena quedan unidos dos parientes. Hay lineas directas y lineas colaterales. Linea directa es la serie de personas que descienden de mí, y se llama *linea recta descendente* y la de las personas de quienes yo desciendo, y se llama linea recta ascendente. En la linea recta descendente se hallan los hijos, nietos, biznietos etc.; en la ascendente se hallan los padres, abuelos, bizabuelos etc.

La linea colateral es la serie de personas por las cuales un pariente desciende de la misma raiz ó tronco de que desciende tambien su pariente.

123. Se llama *grado de parentesco* la distancia que hay entre dos parientes, que se computa por el número de generaciones que forman su parentesco, de suerte que se encuentran tantos grados cuantas son las generaciones.

124. Solo hay un modo de computar los grados en la linea recta, tanto por derecho civil como por derecho canónico: siempre hay tantos grados de parentesco, cuantas son las generaciones que lo forman.

Ejemplo: Yo estoy en el primer grado de parentesco con mi hijo, porque solo media una generacion en nuestro parentesco. Me hallo en segundo grado de parentesco respeto de mi nieto, porque han sido necesarias dos generaciones para formar el parentesco que nos une. Me hallo en tercer grado de parentesco con mi biznieto, porque nuestro parentesco se ha formado por tres generaciones: 1.° yo engendré á mi hijo; 2.° mi hijo engendró á mi nieto; 3.° este engendró á mi biznieto. Por el mismo estilo podrán computarse los demas grados en esta línea.

De la propia suerte sucede en la línea ascendente. Respeto de mi padre me hallo en el primer grado de parentesco, porque solo media entre nosotros una generacion. Me hallo en segundo grado respeto de mi abuelo, y en el tercero respeto de mi bizabuelo, porque han mediado tres generaciones entre él y yo: 1.° él engendró á mi abuelo; 2.° mi abuelo engendró á mi padre; 3.° mi padre me engendró á mi. Por el mismo estilo podrán computarse los demas grados.

125. En cuanto á la linea colateral, el derecho civil y el derecho canónico computan de diferente manera los grados.

Segun el método del derecho civil para computar los grados de

parentesco en linea colateral deben contarse todas las generaciones que ha habido desde mi hasta la raiz ó tronco comun, y ademas todas las que ha habido bajando despues desde el tronco hasta la persona cuyo grado de parentesco conmigo se inquiere.

Por este método no hay primer grado de parentesco en linea colateral. El que tengo con mi hermano que es el pariente mas próximo que puedo tener en línea colateral, es un parentesco en segundo grado. Porque se encuentra una generacion al subir de mi á mi padre que es el tronco comun. Despues se encuentra otra generacion al bajar de mi padre á mi hermano. Mi padre me engendró á mi, mi padre engendró á mi hermano; he aqui dos generaciones que forman dos grados. Segun este método, me hallo en el tercer grado de parentesco con mi tio; porque se encuentran dos generaciones al subir de mi á mi abuelo que es el tronco comun, y una al bajar desde mi abuelo á mi tio, lo cual forma tres generaciones, por consiguiente tres grados.

Con mi primo hermano me hallo en el cuarto grado, porque se hallan dos generaciones al subir desde mi hasta nuestro abuelo, raiz comun, y otras dos al bajar desde el abuelo á mi primo hermano, lo cual forma cuatro generaciones y por consiguiente cuatro grados.

Por la misma razon los hijos de primos hermanos se hallan en sexto grado; porque hay tres generaciones hasta el bizabuelo, que computadas por una y otra parte suman seis, por consiguiente forman seis grados. Lo mismo debe decirse respeto de los demas grados.

126. El derecho canónico sigue otro método para computar los grados de parentesco. Por este derecho solo se cuentan las generaciones que median desde uno de los parientes hasta el tronco comun. Al paso que segun el derecho civil se cuentan las generaciones de los dos parientes. Por esto deben distinguirse en este derecho la linea de parentesco igual y la desigual.

La linea de parentesco es igual, cuando uno y otro pariente se encuentran en una misma distancia del tronco comun, como dos hermanos, dos primos hermanos, dos hijos de primos hermanos, etc. Es desigual cuando uno de los parientes está á mayor distancia que el otro del tronco comun, como sucede en el parentesco que hay entre un tio y un sobrino, entre mí y un hijo de un primo hermano.

Cuando la linea es igual se cuentan las generaciones que hay desde cualquiera de los parientes hasta el tronco comun, y habrá tantos grados cuantas sean las generaciones.

Ejemplo: Segun esta manera de computar dos hermanos se hallan en el primer grado de parentesco colateral, porque solo hay una generacion desde uno de ellos al padre comun. Dos primos hermanos estarán en segundo grado, porque solo hay dos generaciones desde uno de ellos al abuelo que es el tronco comun. Los hijos de primos hermanos se hallan en tercer grado porque median tres generaciones entre uno de ellos y el bizabuelo comun. Los hijos de los hijos de primos hermanos están en cuarto grado, porque median cuatro generaciones entre uno de ellos y el tatarabuelo que es la raiz comun. Lo mismo debe decirse en cuanto á los ulteriores grados.

Cuanto acabamos de esponer se halla comprendido en esta máxima: *In linea collaterali œquali quoto gradu una quœque cognatorum persona distat á communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

En la linea desigual tampoco se cuentan masque las generaciones que hay entre uno de los parientes y el tronco comun, pero deben contarse respeto del pariente que se halla mas distante de este tronco.

Ejemplo: Segun este método un tio y un sobrino están en el segundo grado de parentesco colateral; porque entre el sobrino que es la persona mas distante de la raiz comun y el abuelo que es esta raiz respeto del primo y del sobrino, hay dos generaciones. Por la misma razon un tio segundo respeto de su sobrino se halla en el tercer grado; porque desde el sobrino segundo hasta el bizabuelo tronco comun median tres generaciones.

Todo esto queda explicado en la siguiente regla: *In linea collaterali inœquali, quoto gradu remotior persona distat á communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

127. No consta cuando empezó en la iglesia esta manera de computar el parentesco para los matrimonios, diferente del derecho civil. Lo cierto es que era desconocida en los tiempos de S. Ambrosio; porque este doctor en su carta á Paterno que es la 70 en la *edicion de los benedictinos*, para disuadirle del matrimonio que proyectaba entre su hijo y una sobrina de este, sienta conforme con la manera de computar los grados por derecho civil,

que el parentesco de un tio con su sobrina es de tercer grado, y el de primos hermanos de cuarto grado: *Lex divina*, dice, *etiam patrueles fratres prohibet convenire, qui sibi* QUARTO *sociantur gradu: hic autem* (el grado de un tio respeto de su sobrina entre los cuales proyectaba Paterno el matrimonio) *gradus* TERCIUS *est, qui etiam civili jure á consortio conjugii exceptus videtur.*

El mas antiguo monumento que se alega acerca de esta manera de computar los grados, se encuentra en la carta del papa S. Gregorio á S. Agustin de Cantorvery escrita á fines del siglo VI, ó á principios del VII, en la cual entre otras cuestiones que le habia puesto S. Agustin sobre la conducta que deberia observar respeto de los nuevos cristianos de Inglaterra, le responde sobre esta de la computacion de los grados del matrimonio. Esta carta se halla en el tomo 2, pag. 2119 *edit. de los benedictinos.*

128. Esta manera de computar los grados diferente del derecho civil no se estableció à un tiempo por todas partes. A mediados del siglo VI todavia se computaban en España segun el derecho civil. En el decreto de Graciano, *caus.* 35, *q.* 5, *can.* 6, se halla un trozo sacado de S. Isidoro arzobispo de Sevilla que florecia en dicho tiempo, donde se hace la computacion de los grados de parentesco á tenor del derecho civil.

129. En cuanto á Francia, hallamos á mediados del siglo VIII un monumento que prueba que á la sazon ya se contaban los grados de parentesco segun el derecho canónico. Tal es el primer canon del concilio de Compiegne celebrado en 757 en el reinado de Pepino, y que anda entre los capitulares y ordenamientos de este príncipe.

130. En el siglo XI por mas que la manera de computar los grados para el matrimonio segun el derecho canónico se hallase establecida en la iglesia, habia sin embargo muchas personas que contaban todavia los grados de parentesco segun el antiguo método del derecho civil, del cual no querian desentenderse. Esto produjo grandes disputas en aquel siglo.

En aquella época se habia extendido una disciplina por la cual se prohibia el matrimonio hasta el séptimo grado de parentesco. Los que se empeñaban en computar los grados segun el derecho civil, limitaban esta prohibicion al grado de los hijos de primos hermanos que segun este derecho se hallan en el séptimo grado; y permitian los matrimonios entre los hijos de los hijos de primos

hermanos, ó sean primos terceros que se hallan en el octavo grado, segun el mismo derecho. Por el contrario los que seguian la nueva manera de computar los grados, extendian mucho mas allá la prohibicion del matrimonio por causa de parentesco, puesto que hallándose las personas descendientes de un sexto abuelo en el séptimo grado de parentesco debia conceptuarse prohibido entre ellos el matrimonio, á tenor de la disciplina entonces vigente.

Alejandro II que ocupó la Santa Sede en 1061 escribió acerca esta cuestion una epístola decretal al clero de Nápoles, por la cual decide á tenor del nuevo método de computar los grados, que solo deben contarse las generaciones que los forman de la parte de uno de los parientes hasta el tronco comun, y no por las dos partes segun lo prescrito por el derecho civil. Trata á los que quieren observar este derecho, de gente sentada en la cátreda de pestilencia. Para probar que el método canónico debia prevalecer, saca un argumento, no muy bueno por cierto, de un lugar del Génesis en donde se dice que José vió hasta la tercera generacion la posteridad que le habian dado sus hijos Efrahim y Manases. Calificamos de malo este argumento porque la cita del papa se refiere á la linea recta descendente del patriarca José, y la cuestion que se ventilaba, versaba sobre la computacion de los grados en la línea transversal.

Finalmente confirma su decision con el texto de la carta del papa S. Gregorio á S. Agustin de Cantorvery de que acabamos de hablar, *n.* 127.

Esta decretal es la vigésima séptima de las cartas de este papa comprendidas en el *tomo* 9, *de los concilios del padre Labbe.*

En 1065 este mismo papa convocó dos concilios consecutivos en Roma para tratar esta cuestion, y son los concilios romanos II y III, referidos en dicho *tomo* 9. La constitucion que hizo este papa en el primero de estos concilios, es decir, en el segundo concilio romano en el palacio de san Juan de Latran, fue trasladada al decreto de Graciano, *caus.* 35, *q.* 5, *can.* 2. Por esta constitucion dirigida á todos los obispos y á todos los jueces de Italia, prohibe bajo pena de excomunion contar los grados de parentesco para el matrimonio, de la manera que los cuenta el derecho civil para las sucesiones: *Quia*, dice, *hœreditates nequeunt deferri*, *nisi de una ad alteram personam*, *idcirco curabit sæcularis imperator in singulis personis singulos præfigere gradus*: *quia vero nuptiœ sine duobus non valent fieri personis*, *ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas.*

Los que se obstinaron en desobedecer estas constituciones y en computar los grados de parentesco en los matrimonios de la manera establecida por el derecho civil, fueron considerados como hereges, y su opinion se calificó con el nombre de *heregia de los incestuosos*; porque á tenor del cómputo civil permitian los matrimonios entre los primos terceros, en cuyo grado reputaban los otros incestuoso el matrimonio.

131. En los que contaban los grados segun la nueva disciplina, habia una diferencia: por lo comun eran computados como los computamos nosotros al presente, segun el derecho canónico colocando á los hermanos en el primer grado de parentesco transversal, los primos hermanos en el segundo, los primos segundos en el tercero etc. Mas en algunas iglesias empezabase á contar los grados de parentesco colateral en los hijos de los hermanos, es decir, en los primos hermanos que eran colocados en primer grado. Creíase que siendo los hermanos en cierta manera los troncos de donde emanaban los diferentes grados de parentesco no debian ser contados como un grado, *quia*, dice Alejandro, refiriendo esta manera peculiar de algunas iglesias, *fratres quasi quidam truncus ex quo cœteri ramusculi nascuntur*; *d. can.* 2. Esta era una mala razon; porque es evidente que no son los hermanos, sino el padre de quien ellos mismos descienden, lo que forma la raiz ó tronco comun del parentesco.

§. II.

Que parentesco forma un impedimento dirimente de matrimonio, y de los cambios que respeto de esto ha sufrido la disciplina.

132. Respeto de esto deben distinguirse las diferentes especies de parentesco y los diferentes tiempos.

El parentesco en linea recta, por remoto que sea el grado, ha sido en todos tiempos un impedimento dirimente del matrimonio. La ley natural establece este impedimento, y todos los pueblos han mirado como incestuosa y abominable la union carnal de los parientes en esta linea.

Por mas que el crímen de esta union se comprenda mas bien en fuerza de un sentimiento natural, que por el raciocinio; puede sin embargo decirse que la sumision y respeto que un hijo debe á su madre, como que son una cosa incompatible con la autoridad que el matrimonio da al marido sobre su muger, son un obstáculo insuperable para que pueda un hijo ser el marido de su madre; de la propia suerte el gran respeto y sumision que una hija debe á su padre, no permiten que llegue á ser por el matrimonio su compañera é igual. Tales son las razones que alega Grocio, *de Jur. bel. et pac. lib.* 2, *cap.* 5, §. 21, y son las mismas que pueden aplicarse á los demas parientes de la misma linea.

133. En la linea colateral el matrimonio entre el hermano y la hermana, el de un sobrino con su tia, son condenados como incestuosos por la ley divina; *Levit. XX*, *V.* 17 *et* 19.

Grocio *d. cap.* 5, §. 13, observa que la prohibicion de los matrimonios en los grados expresados por el Levítico no era peculiar á los israelitas, sino que era una renovacion de la prohibicion general que Dios habia impuesto á todos los hombres despues que el linage humano se habia multiplicado en términos de no ser necesarias las uniones de hermanos con hermanas; puesto que la transgresion que de esta ley habian hecho los pueblos de Canaan es calificada de abominacion; *Levit. XVIII*, 24. Esta tradicion se habia conservado en el paganismo.

134. Eran prohibidos y mirados como incestuosos entre los romanos los matrimonios entre hermanos, y los de sobrino con una tia carnal y aun segunda, y de tio con su sobrina carnal ó segunda. Respeto de los tios y sobrinos, daban por razon la especie de representacion de padres que tienen aquellos respeto de estos: *Sororis pronepotem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum*; *l.* 39, *ff. de rit. nupt.*

Claudio arrastrado por la pasion que tenia á Agripina, hija de su hermano Germinaco, con la cual queria casarse, hizo aprobar por el senado una ley que permitia el matrimonio de un tio con la hija de su hermano; pero, como dice Suetonio, esta ley no cambió las ideas vigentes acerca de esta punto entre los romanos, que miraban como incestuosas tales uniones: el ejemplo del emperador no tuvo imitadores. Asi fue que los jurisconsultos decidieron que dicha ley no admitia interpretacion extensiva, y que no podia entenderse permitido por ella el matrimonio de un tio con la hija de su hermana, y menos todavia el de un sobrino con su tia. Ulpiano, *frag. tit.* 5, §. 6.

Por fin esta ley fué derogada por otra de los emperadores Constancio y Constante, que prohibieron el matrimonio de un tio con la hija de su hermano nada menos que bajo pena capital; *l.* 1, *cod. Theod. de incest. nupt.*

Algunos piensan que ya lo habia sido por Constantino el grande, fundados en este pasage de Sozomeno: *Qui intempera ıes et dissolutos concubitus antea minime prohibitos coërcuit*, *sicut ex legibus quœ de illis latœ sunt*, *deprehendere licet.*

135. En cuanto al matrimonio entre primos hermanos, habia sido permitido siempre hasta que Teodosio el grande publicó una ley que lo prohibia.

Tampoco hasta aquella época habia sido prohibido por la iglesia, que no tenia mas reglas para la prohibicion de los matrimonios que las leyes imperiales. Algunos no obstante miraban con escrúpulo tales enlaces á causa de la semejanza que hay entre los hermanos y los primos hermanos que lo son por parte de padre, los cuales se llamaban en latin, *fratres et sorores patrueles*. Véase S. Agustin, *de civit. Dei*, *lib.* 15, *cap.* 16.

Parece que aun durante el paganismo los romanos habian mirado con cierta repugnancia los matrimonios entre primos hermanos; pero que al fin se habian acostumbrado á ellos. Asi lo decia el emperador Clau[illegible]n el discurso que echó en el Senado para obligar á este cuerpo á aprobar la ley de que hace poco hemos hablado. Tácito, *lib.* 12. *Ann.*

Plutarco en sus causas, *quœst.* 6, refiere tambien que tales matrimonios habian sido por largo tiempo considerados como repugnantes, y que el pueblo habia hecho una ley declarandolos permitidos, pero prohibiéndolos en grados mas cercanos. No dice en que tiempo.

136. Despues de la muerte de Teodosio sus hijos Arcadio y Honorio confirmaron la ley de su padre en cuanto á la nulidad de los matrimonios entre primos hermanos, aboliendo solo la pena de las llamas y la confiscacion de bienes que este habia fulminado contra los infractores. La ley de estos dos emperadores es la *Ma-*

nente, 3, *Cod. Theod. de inc. nupt.*; su fecha del cuarto consulado de Arcadio y del tercero de Honorio, es decir, del año 396.

Mas adelante Arcadio mudó de opinion, y permitió los matrimonios entre primos hermanos. Justiniano que los aprobaba tambien, *inst. tit. de nupt.* §. 5, mandó insertar la ley de Arcadio en su código, es la ley 19, *cod. de nupt.* Fué dada en el segundo consulado de Stilicon y Antemio, año 404. Aunque se titule de Arcadio y Honorio por la costumbre de que las leyes llevasen los nombres de los dos emperadores reinantes, en realidad era solo de Arcadio, y dirigida á Eutichiano prefecto del pretorio de oriente, y solo fué hecha para esta parte del imperio que á él le habia tocado.

En el occidente por el contrario continuaron siendo prohibidos los matrimonios de que vamos hablando. Honorio á quien tocó esta parte del imperio, confirmó la prohibicion de Teodosio en la ley única *cod. Theod. Si nupt. ex rescrip. pet.*, permitiendo no obstante á los que quisiesen contraerlos, que le pidiesen dispensa para que él pudiese concedérsela, si lo juzgaba conveniente. Esta ley es del octavo consulado de Honorio, es decir del año 409, y fué dirigida á Teodoro prefecto del pretorio de Italia. Tambien esta ley lleva el nombre de los dos emperadores, segun la costumbre mencionada, pero no cabe duda que fué de solo Honorio, y que solo obligaba al occidente que le habia cabido en suerte.

137. Los estados que en el occidente se levantaron sobre las ruinas del imperio romano, y abrazaron el cristianismo, como encontraron el matrimonio entre primos hermanos prohibido por la disciplina de la iglesia que en este punto se habia conformado con las disposiciones de los emperadores, se sometieron á estas leyes. Asi es que el referido matrimonio no podia ser contraido entre los godos sin un permiso especial del príncipe, segun lo refiere Casiodoro, *epist.* VII, 46.

138. La prohibicion de los matrimonios por razon de parentesco no se limitó á los primos hermanos, sino que se extendió á los primos segundos, luego al cuarto grado, y andando el tiempo hasta el sexto y séptimo grados. En algunos concilios la prohibicion por causa de parentesco se extendió hasta un extremo ilimitado, dando lugar á ello una opinion bastante generalizada de que la ley del Levítico prohibia todos los matrimonios entre parientes indefinidamente. Esta opinion se fundaba en el *v.* 6, *cap.* 18, *Levit.*, cuya letra comprendian mal los que en tal sentido la

aplicaban. Las palabras: *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet....* se refieren visiblemente á los siguientes versículos donde se explican los grados en que está prohibido el matrimonio. Tal opinion era comun entre los godos ya desde el siglo VI, y lo comprueba el segundo concilio de Toledo celebrado en 531, bajo el reinado de Amalarico, cuyo canon quinto contiene esa prohibicion indefinida bajo pena de excomunion.

Es de observar que este concilio solo prohibe tales matrimonios, porque los conceptua prohibidos por la ley divina; no entiende empero establecer nuevos impedimentos, ya que á la sazon solo se admitian los establecidos por la ley divina ó por las de los príncipes seglares. Téngase presente esta observacion respeto de los demas concilios que vamos á citar.

Tambien el concilio de Agda celebrado en 506 bajo el reinado de Alarico, prohibe de una manera indefinida el matrimonio entre parientes y afines. El canon que lo prohibe, es sospechoso por ser el 61, y no encontrarse entre los antiguos manuscritos mas que los 47 canones primeros. Véase la nota del P. Sysmondi.

139. Los concilios celebrados en aquel siglo por los Borgoñones y los Francos, se contentaron con prohibir los matrimonios entre primos hermanos y primos segundos: no miraban como parentesco el de grados ulteriores.

El concilio *Epaunense*, en el año 517 bajo S. Segismundo rey de los Borgoñones, declara, *can.* 30, incestuosos los matrimonios entre dichas personas, pero no anula los ya celebrados.

El de Clermont, *Arvernense*, celebrado en 535, *consentiente domino nostro gloriosissimo piissimoque rege Theodoberto*, condena asimismo tales matrimonios.

El tercero de Orleans en el año 536, en el reinado de Childeberto, los prohibe tambien, pero dice que deben tolerarse los que se hubiesen contraido de buena fe antes de haber abrazado los contraentes el cristianismo, ó antes de hallarse instruidos en ello.

El segundo concilio de Tours en 567 reinando Chereberto confirma la prohibicion declarada por los concilios *Epaunense* y *Arvernense*. La misma prohibicion decretó el de Auxerre celebrado en el reinado de Chilperico.

Contra estos concilios del siglo VI tal vez se alegará que S. Gregorio en su carta á S. Agustin, escrita á últimos de aquel si-

glo ó quizá á principios del siguiente, limita la prohibicion á los primos hermanos, y no la extiende á los primos segundos, como dichos concilios. Pero puede creerse que fuese una condescendencia para con los pueblos nuevamente convertidos á la fé el permitirles el matrimonio entre primos en tercer grado, es decir, primos segundos. *Necesse est*, dice, *ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat.* Con lo cual dá á entender que aun cuando puedan contraer matrimonio entre parientes en *tercer grado á lo mas*, harian mejor en no hacerlo mas que dentro el cuarto grado.

140. La disciplina sobre la extension de la prohibicion del matrimonio dentro el tercer grado continuó en el siglo VI. El quinto concilio de Paris en 615 declara nulo el matrimonioa que alguno contrajese con su prima hermana, y aun con su prima segunda.

El rey Clotario II convocó á este concilio todos los obispos de sus estados, por manera que asistieron á él setenta y nueve; por cuya razon le llama concilio general otro concilio celebrado despues en Reims. Sus actas fueron confirmadas por un edicto que va al fin de las mismas en el tom. V de los concilios del P. Labbe. Con lo cual el matrimonio entre primos segundos quedó prohibido en Francia por la ley del príncipe y por la iglesia.

Sin embargo en los capitulares del rey Dagoberto sucesor inmediato de Clotario, que son una especie de código dividido en tres partes, que este príncipe hizo publicar en 631, conteniendo las leyes de los reyes Thierry, Childeberto y Clotario sus predecesores, para gobierno de los pueblos sujetos al imperio frances, leemos en la tercera parte titulada *Lex Bajuvariorum*, *tom. 6, cap.* 1: *Uxorem habere non licet socrum...... filii fratrum*, *filii sororum nulla præsumptione jungantur* ; *si quis contra hæc fecerit, á loci judicibus separetur.* La prohibicion no se extiende á mas; lo cual puede ser efecto de una condescendencia de Dagoberto para con esos *Bayuvarios*, no obstante lo ordenado, segun llevamos dicho, por el concilio de Paris y el edicto de Clotario.

141. A fines del siglo VII la prohibicion del matrimonio entre parientes dentro del tercer grado, es decir, entre hijos de primos hermanos, ó primos segundos, se extendió hasta el cuarto grado. Asi se desprende del *Penitenciario* de Teodoro de Cantorbery, obra de últimos de este siglo, donde se lee: *In tertia propinquitate carnis secumdum Græcos licet nubere*, *in quinta seandum romanos*.

142. En el siglo VIII, Gregorio II en el concilio romano celebrado en 721, prohibia el matrimonio entre parientes de una manera ilimitada. *Si quis de propria cognatione*, *vel quam cognatus habuit*, *duxerit uxorem*, *anathema sit*, *et responderunt omnes tertio*, *anathema sit*, *can.* 9. Zacarias, uno de sus sucesores en aquel siglo, tambien establece esta prohibicion ilimitada en una carta dirigida á Pepino prefecto de palacio, la cual se halla en el tom. 6 de los concilios del P. Labbe.

Esta prohibicion ilimitada ofrecia grandes inconvenientes, segun lo reconoció el mismo papa Gregorio II que la habia establecido, pues en una respuesta dada poco despues á Bonifacio arzobispo de Mayenza, fija en el cuarto grado la prohibicion de los matrimonios entre parientes: no debe perderse de vista que la computacion de los grados debe entenderse segun el derecho canónico que hemos manifestado haber prevalecido en aquel siglo.

Los concilios celebrados durante el mismo siglo en Francia fijan asimismo el cuarto grado como límite dentro el cual debian entenderse prohibidos los matrimonios entre parientes. Asi lo resuelve el de Verberie, *Vermeriense*, celebrado en 752, en presencia del rey Pepino. Tambien establece lo mismo con alguna modificacion el de Compiegne celebrado cinco años despues, en el reinado del mismo rey, *in generali populi conventu*, segun dice el título del mismo. Carlo Magno en su capítulo de la ley Sàlica publicado en 798 confirmó lo establecido en estos concilios.

143. La misma disciplina estaba vigente aun en el siglo IX. La prohibicion del matrimonio entre parientes estaba todavia limitada al cuarto grado, solo que se convertia en impedimento dirimente lo que antes lo era solo prohibitivo en el mismo grado. Asi se establece en el concilio de Mayenza celebrado al fin del reinado de Carlo Magno en 813.

Son muy notables las palabras de que se valen los padres de este concilio, ya que con ellas reconocen explícitamente la autoridad que ha dado Dios á los príncipes seglares en lo concerniente á la disciplina eclesiástica, como que todo lo decretado en el concilio lo sujetan á la aprobacion y enmienda del emperador.

144. Solo á fines del siglo IX empezamos á ver extendida la prohibicion de los matrimonios entre parientes hasta el sexto y

aun séptimo grado. En tiempo de Carlos el Calvo, en 868 el concilio de Wormes no extendió aun mas allá del cuarto grado esta prohibicion. Mas desde luego se extendió ya hasta el séptimo grado. Asi se hizo en el concilio de Douzy convocado en 874 por Carlos el Calvo, segun se desprende de una epístola sinodal dirigida á los obispos de Aquitania, que se halla en el tom. 9 de los concilios del P. Labbe. Esta es la época en que comenzaron á estar prohibidos en Francia los matrimonios entre parientes de séptimo grado.

145. En Inglaterra donde fué recibido el concilio romano celebrado en el pontificado de Gregorio II, se creyó oportuno establecer el grado de parentesco dentro el cual se considerase prohibido el matrimonio, y se fijó el quinto grado. A fines del siglo X todavia no se hallaban prohibidos los matrimonios en otros grados ulteriores. Asi lo demuestra el canon 5 del concilio de Nort-humberland.

En el siglo XI se extendió la prohibicion hasta el sexto grado, segun se desprende de las leyes del rey Canuto sobre la disciplina eclesiástica, publicadas en 1032.

De las decretales de Alejandro II que hemos citado antes, *n.* 130, aparece que en aquel siglo era opinion comun que los matrimonios debian ser prohibidos entre parientes dentro del sexto ó séptimo grado. Los que sostenian que la prohibicion debia limitarse hasta el sexto grado se fundaban en que la vida del hombre se considera dividida en seis edades. Dicho papa nota que los que á ese grado limitaban la prohibicion, empezaban á contar los grados desde los hijos de hermanos, es decir, primos hermanos que colocaban en el primer grado, al paso que los que la extendian al séptimo, empezaban á contar desde los hermanos. Otros conviniendo en que la prohibicion debia extenderse hasta el séptimo grado, sostenian que los grados debian computarse segun el antiguo método del derecho civil, lo cual limitaba la prohibicion á los parientes del tercero al cuarto grado canónico, que segun el cómputo del derecho civil, se hallan en el séptimo grado. Segun vimos en el anterior párrafo, esta doctrina fué condenada en los concilios romanos.

146. Esta prohibicion de los matrimonios entre parientes en grados tan remotos traia graves inconvenientes, pues en su virtud se pedian con harta frecuencia anulaciones de matrimonios bajo pretexto de un parentesco lejano que suponian á veces cónyuges disgustados de su enlace.

Sin embargo duró hasta el siglo XIII. El concilio general de Latran en 1215 la derogó, fijando la prohibicion dentro del cuarto grado: da por razon, *quia in ulterioribus gradibus jam non potest absque gravi dispendio generaliter observari*. Despues da otra que prueba el gusto depravado de aquella época, *quia*, dice, *quatuor sunt humores in corpore qui constant ex quatuor elementis*.

147. Despues de esta resolucion promoviose la duda acerca de si se entenderia permitido el matrimonio entre parientes de los cuales el uno se hallase en el cuarto grado y el otro en el quinto. El papa Gregorio IX la decidió por la afirmativa, y sentó por regla que en la línea de parentesco lateral desigual, el grado de parentesco entre dos personas debia contarse por el número de generaciones que habia entre el tronco comun y el pariente mas remoto: *Quoto gradu remotior distat á stipite, eo distare inter se intelligantur*: *cap. ult. ext. de consang.*

Segun esto, no cabe duda en que no solo un primo de cuarto grado, sino tambien en tercero, y aun en segundo, puede casarse con una prima que se halle en el quinto: *Potest quis ducere uxorem proneptem consobrini sui.*

148. ¿Puede decirse otro tanto respeto de un tio ó una tia? ¿Puedo casarme con una descendiente de mi hermano, aun cuando se hallase en el quinto grado de nuestro tronco comun? ¿Puedo casarme con una *abnepote* de mi hermano? Covarruvias está por la afirmativa, y le ha seguido el autor de las *Conferencias de Paris*. Yo hallo dificultad en ser de este dictámen. Hay otra razon ademas del grado de parentesco, que prohibe el matrimonio entre esas personas, tal es que ellas *parentum loco habentur*; *inst. de nupt.* §. 5. Un tio representa padre á sus sobrinos carnales, sobrinos segundos y demas descendencia de su hermano, y una tia representa madre á sus sobrinos en todos los grados. Asi es que aun cuando Justiniano permite el matrimonio entre parientes en cuarto grado del derecho civil, no lo permite entre una sobrina y su tio segundo, por mas que se hallen en este grado. La misma razon se halla en todos los grados de tios y sobrinos.

149. La decision del concilio de Latran sobre la prohibicion por causa de parentesco ha sido siempre y es todavia observada

en la actualidad en toda la iglesia latina, de la propia suerte que la decision de Gregorio II antes referida en cuanto á matrimonios entre primos en línea desigual.

Nos falta observar que el parentesco dentro los grados referidos forma un impedimento dirimente del matrimonio, ora provenga de enlace legítimo, ora de union ilegítima; porque aqui solo se considera la proximidad de la sangre; *l. 4, ff. de rit. nupt.*

ARTICULO II.

DEL IMPEDIMENTO RESULTANTE DE LA AFINIDAD.

Explicaremos en el primer párrafo lo que se entiende por afinidad propiamente tal: en el segundo veremos en que línea y en que grados forma la afinidad un impedimento para el matrimonio, y cuales han sido los cambios que ha sufrido la disciplina respeto de esto: examinaremos en el tercero que especies de afinidad fueron derogadas por el concilio de Latran: y finalmente trataremos en el cuarto de la especie de afinidad resultante de una union ilícita.

§. I.

Que es afinidad.

150. La afinidad propiamente tal es la relacion que media entre uno de los cónyuges y los parientes del otro. Segun esta definicion todos los parientes del marido son afines de su muger, y todos los parientes de esta son afines de su marido. Asimismo son afines mios los maridos de mis parientas y las mugeres de mis parientes. *Affines... dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit*; *l. 4, ff. de grad. affin.*

151. Por mas que en rigor no haya en la afinidad ni líneas ni grados, por cuanto los afines no descienden de un mismo tronco, *d. l.* §. 5, sin embargo en sentido menos propio se distinguen líneas y grados. La afinidad de uno de los cónyuges con los parientes del otro se reputa en la misma línea y grado que su parentesco con el otro cónyuge.

152. El derecho civil hace derivar la afinidad del matrimonio, sin distinguir si fué este consumado ó no; *d. l.* 4, §. 3. El derecho canónico la deriva de la consumacion del matrimonio por la union carnal. La razon está sacada de la ley del Levítico que nos prohibe el matrimonio con la muger de nuestro pariente, porque fué una misma carne con él.

De ahi se sigue que si el matrimonio fuese disuelto antes de ser consumado, no hay en rigor por derecho canónico afinidad entre el uno de los cónyuges y los parientes del otro; pero hay entre tales personas una especie de relacion que la pública honestidad convierte en impedimento, lo mismo que si fuese una afinidad verdadera, segun veremos despues, *art.* 5.

§. II.

Que afinidad forma un impedimento dirimente. Cambios de la disciplina en este punto.

153. La afinidad en línea recta, cualquiera que sea su grado, es un impedimento dirimente del matrimonio. El Levítico fulmina la pena capital contra el matrimonio ó comercio carnal entre personas afines en esta línea; 20, *v.* 11 y 12.

154. La afinidad en línea colateral era asimismo un impedimento dirimente para el matrimonio entre ciertas personas, segun el Levítico. Por él estaba prohibido el casarse con la muger del hermano; 20, *v.* 21, y 18, *v.* 16; á no ser que no hubiese tenido hijos del hermano, en cuyo caso no solo podia, sino que debia casarse con ella, *ad suscitandum semen fratri suo*, *Deuteron. XX, v.* 5. Ese crímen reprochaba el Bautista á Herodes por haberse casado con Herodias viuda de su hermano. El Levítico prohibia tambien casarse con la muger de su tio; *v.* 20.

155. Por derecho romano la afinidad en línea recta fué siempre y en todos los grados un impedimento dirimente del matrimonio; *l. 14, ff. de rit. nupt.*

En linea colateral no era la afinidad obstáculo para el matrimonio, hasta que estableció que lo fuese una ley del emperador Constancio, respeto de la viuda de un hermano ó la hermana de la muger difunta; *l. 2, cod. Theod. de incest. nupt.* Esta ley fué renovada por Valentiniano y Teodosio; *l. 5, cod. de incest. nupt.*

Honorio conculcó la ley de su padre casándose sucesivamente con las dos hijas de Stilicon.

156 No hallamos ni en el código Teodosiano ni en el de Justiniano ley alguna que prohibiese el matrimonio en otros grados de afinidad en línea colateral.

157. Antes que los emperadores hubiesen prohibido el matrimonio entre un hombre y la hermana de su difunta muger, y el de una muger con el hermano de su difunto marido, la iglesia tenia por incestuosos estos matrimonios como contrarios á la ley del Levítico. Asi se desprende del canon segundo del concilio de Neocesarea en el imperio de Constantino, año 314.

Por la propia razon aun cuando los emperadores no hubiesen prohibido el matrimonio de un sobrino con la viuda de su tio, la iglesia lo habria reputado, como lo reputaba, incestuoso, por hallarse prohibido en el Levítico. Asi lo califica el concilio *Epaunense* celebrado en el año 517, en el reinado de S. Segismundo rey de los Borgoñones, *can.* 20, de la propia suerte que el de Clermont, *Arvernense*, en 535, el de Orleans en 538 y el de Auxerre en 578.

158. Por fin se estableció la disciplina de que el matrimonio entre afines debia ser prohibido en los mismos grados en que lo es entre los parientes consanguineos. Fundose esto en aquel pasage del Levitico: *Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus*; porque esa misma razon que hace incestuoso el matrimonio entre consanguineos, milita respeto de los afines, ya que siendo la muger de mi primo, por ejemplo, *una eademque caro* con él en fuerza del matrimonio, casándome despues de la muerte del primo con su muger, *revelatur turpitudo cognationis meæ*. Lo mismo debe decirse respeto de un marido.

No consta fijamente cuando comenzó esta disciplina.

159. El siglo VIII nos ofrece monumentos nada equívocos de la prohibicion del matrimonio entre afines en los mismos grados que entre consanguineos. Gregorio II en un canon del concilio romano celebrado en 721, de que hemos hablado antes, *n.* 142, prohibe de una manera ilimitada el matrimonio entre afines. El concilio de Compiegne celebrado en el reinado de Pepino, año 757, *in generali populi conventu*, dispone, *can.* 1, que la prohibicion del matrimonio entre consanguineos se limite al tercer

grado, ó cuando el uno está en tercero y el otro en el cuarto, y en seguida, *can.* 2, establece lo mismo respeto de los afines. En el mismo sentido debe entenderse el capitulario de Carlomagno, de que hablamos en el citado *n.* 142.

160. Desde entonces siempre fué igual la prohibicion para los matrimonios de consanguineos y afines, por manera que cuando se extendió respeto de los primeros al sexto y séptimo grados, lo fué asimismo respeto de los segundos. Las leyes eclesiásticas de Canuto rey de Inglaterra, *cap.* 7, se explican de suerte que no dejan duda en este punto. El concilio de Latran que limitó la prohibicion al cuarto grado de consanguineidad, la limitó tambien al mismo grado de afinidad. Esta es la disciplina vigente hoy en la iglesia.

§. III.

De los géneros de afinidad derogados por el concilio de Latran.

161. Los canonistas antes del tercer concilio de Latran distinguian tres géneros de afinidad. El primero era el parentesco de uno de los cónyuges con los consanguineos del otro; esta es la afinidad propiamente tal, la única conocida en las leyes romanas y en los primeros siglos de la iglesia, y de que hemos hablado hasta aqui.

El segundo género es la afinidad que los canonistas habian imaginado mediar entre el uno de los cónyuges y los afines del otro.

El tercer género de afinidad es la que habian asimismo imaginado entre el uno de los cónyuges y los afines de segundo género del otro. Esto se entenderá mejor con el siguiente

Ejemplo sacado de la glosa *ad cap.* 8 *de consang.* 1 La muger de mi hermano represeuta por afinidad hermana mia y de los demas hermanos de mi hermano. Esta es la afinidad del primer género, la propia.—Si viuda de mi hermano se volviese á casar, se forma otra afinidad entre el segundo marido y yo y mis hermanos, por la cual aquel nos representa cuñado. Esta afinidad con el segundo marido no es del primer género, porque ni yo ni mis hermanos somos consanguineos de su muger, pero somos afines de ella, lo cual basta para el segundo género de afinidad.—Muerta

nuestra cuñada, su segundo marido se casa con otra muger, y esto formará el tercer género de afinidad entre mis hermanos y yo y esta segunda muger que nos representará cuñada.

El concilio de Latran abolió el impedimento dirimente que hasta entonces habian formado las afinidades de segundo y tercer género. Véase no obstante lo que decimos mas abajo, *art*. 5, acerca de la afinidad de segundo género en línea recta.

§. IV.

De la especie de afinidad que nace de una union ilícita.

162. Del comercio carnal ilícito entre dos personas nace una especie de afinidad entre la una de ellas y los parientes de la otra. Fúndase en una razon semejante á la en que se funda la afinidad propiamente tal, que nace del matrimonio consumado; porque la union carnal aunque ilícita hace que esas personas se consideren como *una caro*. Asi lo dice expresamente S. Pablo en su primera epistola á los Corintios, *cap*. 6, *v*. 16.

Esta afinidad crea un impedimento dirimente de matrimonio para todas las personas entre quienes media. El concilio de Trento limitó el impedimento al primero y segundo grados de tal afinidad, en lo cual se diferencia esta de la afinidad verdadera que impide el matrimonio hasta el cuarto grado inclusive, segun vimos antes. Con motivo de esta disposicion se han promovido algunas cuestiones: 1.ª si era conocida por derecho romano esta afinidad, y si formaba segun él un impedimento del matrimonio: 2.ª si formaba tal impedimento en los primeros siglos de la iglesia: 3.ª en que grados formaba impedimento antes del concilio de Trento: 4.ª si este concilio restringiendo el impedimento al primero y segundo grados, permitió el matrimonio en los demas grados: 5.ª si esta afinidad es solo impedimento dirimente cuando el comercio criminal que la formó, trascendió al público, y que pruebas deberán admitirse de ese comercio: 6.ª que efecto produce la afinidad formada por un comercio ilícito que tuvo uno de los cónyuges con un pariente del otro durante el matrimonio, respeto de este matrimonio.

CUESTION I.

SI POR DERECHO ROMANO ERA CONOCIDA LA AFINIDAD PROVENIENTE DE UNA UNION ILÍCITA, Y SI FORMABA UN IMPEDIMENTO PARA EL MATRIMONIO.



163. El matrimonio de una muger con el padre ó el hijo de aquel con quien tuvo anteriormente relaciones carnales ilícitas, es demasiado contrario al pudor natural que debe presidir en los matrimonios, para que podamos dudar que los romanos tan religiosos observadores de ese pudor, no habian de condenarlo. Sin embargo no hallamos en sus códigos un texto que expresamente lo prohiba; pero podemos deducir un argumento de la ley 4, *cod. de nupt*. que dice: *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt*. Esta ley no hace directamente al caso. El concubinato era entre los romanos una union lícita, era hasta cierto punto un verdadero matrimonio, solo que no era civil, ni daba á la muger el título de *justa uxor*, ni á los hijos los derechos de familia, *supra. n*. 7. Pero no obstante como la prohibicion no puede ser en aquel caso por causa de afinidad, porque solo el matrimonio civil la producia; *l*. 4, *ff. de grad. et afin.*, resulta que solo podia fundarse en un motivo de honestidad derivado del comercio carnal que habian tenido el padre de esos hijos y aquella muger. Luego segun dicha ley el comercio carnal entre un hombre y una muger es suficiente para producir un impedimento de matrimonio entre una de las partes y los hijos de la otra: y este comercio producirá tal impedimento, ora sea lícito ora ilícito.

CUESTION II.

SI EN LOS PRIMEROS SIGLOS DE LA IGLESIA LA ESPECIE DE AFINIDAD PROVENIENTE DE UNA UNION ILÍCITA, FORMABA UN IMPEDIMENTO PARA EL MATRIMONIO.



164. Para probar que era asi, se acostumbra echar mano del último canon del concilio de Ancira del año. 304, donde el ma-

trimonio celebrado por un hombre con su prometida esposa despues de haber violado á la hermana de esta, es considerado como un crímen digno de una penitencia de diez años para todos aquellos que habian intervenido en él. Este matrimonio no podia ser reputado criminal sino á causa de la afinidad que habia formado entre el prometido esposo y su futura la union carnal del primero con la hermana de esta. Luego ya en aquellos tiempos el comercio carnal entre dos personas formaba entre una de ellas y los padres y hermanos de la otra una especie de afinidad y un impedimento de matrimonio.

CUESTION III.

SI ANTES DEL CONCILIO DE TRENTO LA ESPECIE DE AFINIDAD QUE NACE DE UN TRATO CARNAL ILÍCITO, FORMABA UN IMPEDIMENTO DE MATRIMONIO EN LOS MISMOS GRADOS QUE LA AFINIDAD PROPIAMENTE TAL, PROVENIENTE DE UN MATRIMONIO CONSUMADO.



165. Al declarar el concilio tridentino que *restringe* esta especie de afinidad al primero y segundo grados, da claramente á entender que ella formaba antes un impedimento en otros grados ulteriores, es decir, en los mismos que lo formaba la afinidad propiamente tal, tanto mas cuanto que el concilio de Latran ninguna diferencia habia hecho entre la afinidad legítima y la proveniente de union ilícita.

La decretal de Alejandro III, *cap. 2, de eo qui cogn. consang. ux.* de la primera coleccion, y la de Urbano III, *cap. ult. de divort.* de la misma coleccion, no establecen lo contrario. Solo dicen estos papas que esta especie de afinidad mas allá del segundo grado no rompe el matrimonio durante el cual aquella se formó, ni impide su uso; pero no dicen que en estos grados no forme un impedimento para el matrimonio que personas por tal afinidad unidas quisiesen contraer. Tambien se refiere á un matrimonio ya contraido y no á uno que tuviese que contraerse lo que dice Inocencio III al último del *cap. 6, extr. de eo qui cogn. consang. ux.*

Mas todavia: cuando la afinidad derivada de un matrimonio consumado formaba un impedimento de matrimonio hasta el séptimo grado, debe creerse que tambien lo formaba esta especie de afinidad. Asi se desprende del *cap.* 26 de la novena parte del decreto de Ibo de Chartres, donde prohibe que ningun cristiano pueda casarse con ninguna consanguinea ó con la que hubiese sido muger de un consanguineo, ó con quien uno de estos hubiese tenido trato ilícito, y esta prohibicion se extiende hasta el séptimo grado. Si bien los sabios han pretendido que la carta de S. Gregorio á Felix de Mesina, en la cual funda Ibo esta prohibicion, es apócrifa, y fabricada por Isidoro Mercator, en cuya coleccion la halló Ibo, por falsa que sea, es no obstante una prueba de que en tiempos de Mercator y de Ibo era aquella la disciplina de la iglesia.— Ese mismo canon se encuentra en el decreto de Graciano, dividido en dos, *caus.* 35, *quæst.* 2, *cap.* 10 y 16.

CUESTION IV.

SI DESPUES QUE EL CONCILIO DE TRENTO RESTRINGIÓ AL PRIMERO Y SEGUNDO GRADOS EL IMPEDIMENTO FUNDADO EN LA AFINIDAD QUE NACE DEL COMERCIO ILÍCITO, PODRÁ LÍCITAMENTE CONTRAERSE MATRIMONIO EN EL TERCERO Ó CUARTO GRADO DE TAL AFINIDAD.



166. Algunos teólogos encontraban dificultad en este punto, creyendo que por no haber aquel concilio permitido expresamente los matrimonios en tercero y cuarto grado de esta afinidad, que eran antes un impedimento dirimente, tales matrimonios podrian contraerse válida pero no lícitamente.

Pio V consultado acerca de esta duda, respondió en su bula *Ad Romanum Pontificem* de 1566, que se halla en el bulario, que podia contraerse lícitamente el matrimonio en dichos grados. Esta decision se halla conforme con el espíritu del concilio. Cuando el concilio de Latran quitó tres grados en los impedimentos por causa de consanguineidad y de afinidad, todo el mundo creyó que los grados disminuidos dejaban de ser un impedimento prohibitivo, como dejaban de serlo dirimente. La misma razon puede aplicarse á la cuestion que nos ocupa.

La misma cuestion puede presentarse, y de la propia suerte pue-

de resolverse, en cuanto á los grados rebajados por dicho concilio tridentino en los impedimentos por causa de pública honestidad, de esponsales y parentesco espiritual.

CUESTION V.

SI LA AFINIDAD PROVENIENTE DE UN COMERCIO CARNAL ILÍCITO FORMA UN IMPEDIMENTO DIRIMENTE EN LOS GRADOS PROHIBIDOS, CUANDO ESTE TRATO SE CONSERVÓ SECRETO, Y QUE PRUEBAS DEBEN RECIBIRSE EN TAL ASUNTO.

167. Esta afinidad solo es un impedimento dirimente de matrimonio, cuando el trato ilícito que la motiva, trasciende al público. Asi es que si despues de haber tenido yo con el mayor secreto un trato de esta naturaleza con una muger, su hija se casase de buena fe conmigo; cometo un pecado gravísimo, pero el matrimonio no deberá ser anulado. Tal es la decision de Alejandro III, *cap.* 4, *tit. de eo qui cognovit consang.* de la primera coleccion.

Es de ahí que en demandas de nulidad de un matrimonio por causa de la afinidad de que tratamos, los jueces pueden admitir las pruebas del trato ilícito, si este hubiese sido público y conocido, como ha sucedido en una causa en cuya virtud se anuló un matrimonio por haberse probado que el marido antes de contraerlo había tenido públicamente un trato ilícito con la hija de su muger Pero si el tal trato hubiese sido secreto, los jueces no deberán permitir la prueba.

Nótese al propio tiempo que para probar este trato no bastará establecer que asi se decia de público y notorio en la vecindad, como no haya al propio tiempo otras pruebas, como lo sienta Alejandro III, *cap.* 4, *ext. de eo qui cogn. cons.*

CUESTION VI.

QUE EFECTO PRODUCE LA AFINIDAD RESULTANTE DE UN TRATO ILÍCITO QUE HAYA MEDIADO ENTRE UNO DE LOS CÓNYUGES Y UN PARIENTE DEL OTRO, RESPETO DEL MATRIMONIO DURANTE EL CUAL TUVO LUGAR.

168. El concilio tridentino solo considera como impedimento dirimente la afinidad proveniente de un comercio ilícito respeto del matrimonio que quisieran celebrar las partes entre las cuales media. Luego segun aquel concilio no cabe duda que tal afinidad no rompe el matrimonio durante el cual ella se formó.

Ya antes de este concilio habia decidido lo mismo Inocencio III, dando por razon que el inocente de los cónyuges no debia sin culpa alguna por su parte verse privado de los derechos que un matrimonio legítimo le habia dado. Este papa no quiere que se distinga en adelante, como anteriormente se habia hecho, si el trato carnal fué público ú oculto, y si la afinidad es en grado muy próximo ó mas remoto. *Cap.* 6, *ext. de eo qui cogn. consang.*

169. Aunque esta especie de afinidad de que vamos hablando, no rompa el matrimonio anterior, debe no obstante exhortarse á los cónyuges por él unidos á que guarden continencia; mas si el inocente declara que le es difícil guardarla, podrá permitírsele el que pida al otro el débito cónyugal. *Cap.* 10, *ext. d. tit. cap. fin eod.*

Al decidir esto los papas Inocencio y Gregorio IX, deciden tácitamente que el cónyuge culpable puede dar el débito conyugal, no empero pedirlo. En este sentido debe entenderse lo que dice el papa Lucio II ó III en el *cap.* 17 *de spons.* de la misma coleccion.

170. Como el concilio de Trento posteriormente á todo esto restringió á los matrimonios celebraderos el impedimento dirimente resultante de la afinidad formada por un comercio ilícito, puede decirse que sus efectos quedaron abolidos respeto del matrimonio durante el cual esa afinidad hubiese sido contraida; y que por lo mismo asi la parte culpable como la inocente podrán

exigirse recíprocamente el débito conyugal. Asi opina Gibert en su tradicion sobre el matrimonio, *tom.* 2, *pag.* 392.

ARTICULO III.

DEL IMPEDIMENTO DIRIMENTE QUE RESULTARIA DEL PARENTESCO PURAMENTE CIVIL.

---

171. El parentesco puramente civil era el que se formaba por la adopcion entre la persona adoptada y su padre adoptivo y todos los parientes del mismo nombre y familia de este.

Este parentesco acarreaba el mismo impedimento que el parentesco natural, y quedaba subsistente en la línea recta, aun despues de disuelto el parentesco civil en virtud de la emancipacion: mas en la línea colateral solo subsistia el impedimento mientras subsistia el parentesco. Asi es que yo no habria podido casar con la hija de mi padre adoptivo, cuyo hermano era en virtud de la adopcion, mientras permaneciesemos los dos en la misma familia; pero si uno de las dos hubiese salido de ella por la emancipacion, disuelto el parentesco civil, podriamos casarnos; §. 1 y 2, *inst. de nupt.*

172. Solo la adopcion verdadera y solemne formaba el parentesco civil y el consiguiente impedimento. Si por afecto hubiese tenido y educado en mi casa y compañia una niña, como si fuese una hija mia, no por esto se reputaba ser hija mia adoptiva, y se me permitia casarme con ella. Asi lo decide Justiniano en la ley 26, *cod. de nupt.* Parece sin embargo por las palabras de esta ley; *Nos vetustam ambiguitatem decidentes*, que habria habido antes sus dificultades, porque la mas ligera semejanza de padre é hija parecia suficiente á la delicadeza de los romanos para impedir el matrimonio.

No hallándose en uso en nuestros dias la adopcion, no puede tener lugar el impedimento que de ella resultaba.

ARTICULO IV.

DEL IMPEDIMENTO DIRIMENTE RESULTANTE DEL PARENTESCO ESPIRITUAL.

Veremos en el primer párrafo cuales son las tres especies de parentesco espiritual, de las cuales las dos primeras forman aun hoy un impedimento dirimente de matrimonio, habiendolo formado la tercera hasta el concilio de Trento. En el segundo párrafo examinaremos cual ha sido la disciplina de la iglesia latina sobre estas tres especies de parentesco espiritual en los siglos anteriores al concilio de Trento. En el tercero cual es la del concilio tridentino hoy vigente. Finalmente trataremos en el cuarto de algunas especies particulares respeto de las cuales se habia dudado si formaban un parentesco espiritual y el consiguiente impedimento de matrimonio.

§. I.

Cuales son las diferentes especies de parentesco espiritual y entre que personas se forma.

173. La primera especie de parentesco espiritual es la que se forma por el bautismo entre el bautizado de una parte, y el que le confirió este sacramento, y los padrinos que lo sacaron de pila de otra. Este porentesco forma un impedimento dirimente de matrimonio entre dichas personas. Asi una comadre que en caso de necesidad hubiese bautizado á un recien nacido, lo mismo que el padrino ó la madrina no podrán casarse con el bautizado, á quien representan padres espirituales.

174. Para que tenga lugar este parentesco con los padrinos y para que sea él un impedimento dirimente del matrimonio, no importa que los padrinos hayan sacado de pila al bautizado por si mismos ó por medio de procurador, pues *qui mandat, ipse fecisse videtur*.

Por el contrario los procuradores para tal acto ningun parentesco contraerán, porque ellos por sí y en su nombre propio nada practican.

¿Será necesario que los padrinos hayan tenido voluntad de con-

traer este parentesco con el bautizado, para que se forme y produzca el impedimento dirimente? El autor de las Conferencias de Paris está por la afirmativa, y opina que uno que hubiese sacado de pila un hijo de otra persona diferente de la que creia, no contrae con él este parentesco, porque no era con él con quien queria contraerlo. Dicho autor confiesa que hay muchos canonistas que son de contrario parecer, y yo me inclino á estos. Lo que forma este parentesco es el sacramento mismo independientemente del consentimiento de las personas entre las que se forma: en el niño no cabe este consentimiento, y no lo tienen tampoco la mayor parte de los padrinos que ignoran completamente los efectos del padrinazgo.

175. La segunda especie de parentesco espiritual es la que contraen el bautizante y los padrinos con los padres del bautizado. Esta connexion se llama *compadrazgo*, y forma entre las referidas personas un impedimento dirimente del matrimonio. Ni el padrino ni el bautizante pueden contraer válido matrimonio con la madre del bautizado que es su comadre, siendo ellos sus compadres; ni la madrina ni la bautizante pueden tampoco contraer matrimonio con el padre del bautizado que es su compadre, y cuyas comadres son ellas.

176. La tercera especie de parentesco espiritual que resultaba en otro tiempo del bautismo, era la que mediaba entre el bautizado y los hijos de sus padrinos que le representaban hermanos. El impedimento dirimente que esta especie de parentesco formaba, fué derogado por el concilio de Trento.

177. Tambien se habia dudado antiguamente si el padrino y la madrina podian celebrar entre sí matrimonio, pero el concilio de Trento resolvió que podian hacerlo válida y lícitamente.

178. El sacramento de la confirmacion produce el mismo parentesco que el del bautismo donde subsista la costumbre de asistir á él padrinos.

§. II.

Disciplina de la iglesia en los diferentes siglos acerca del impedimento dirimente del matrimonio que acarrea el parentesco espiritual.

179. Antes del siglo VI no hallamos testimonios auténticos que hablen del parentesco espiritual: los canones del concilio de Nicea, las decretales de los papas de los primeros siglos son piezas ó evidentemente supuestas ó sumamente sospechosas.

El documento mas antiguo es del sexto siglo, la ley 26, *cod. de nupt.*, donde Justiniano despues de haber decidido que un hombre que hubiese educado en su casa y compañia á una muchacha como hija suya, podia no obstante casarse con ella (lo cual era el objeto principal de la ley), añade, con tal sin embargo de que no fuese su ahijada, *quum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem, quam hujusmodi nexus per quem, mediante Deo, animæ eorum copulatæ sunt.*

Debe presumirse que el grande respeto que los primeros cristianos profesaban á sus padres espirituales, les obligaba á abstenerse de tales matrimonios, sin haber ley ni canon que se lo prohibiese. Como no hay ley alguna ni canon que los prohiba antes de esa ley de Justiniano, podemos atribuir á ella el establecimiento de esta especie de impedimento dirimente del matrimonio.

180. En el siglo VII encontramos en la iglesia griega un monumento de la segunda especie de parentesco espiritual entre los padrinos y los padres del bautizado, y del impedimento dirimente que forma: tal es el canon 53 del concilio llamado *in Trullo*, ó sea, *concilium Quini-Sextum*, celebrado bajo el imperio de Justiniano II; en el salon de la cúpula del palacio imperial. Este concilio no fué admitido en la iglesia latina.

181. Si debiesemos creer á Ciaconio que en el siglo diez y seis escribió las vidas de los papas, tendriamos en el siglo VII otro monumento de la tercera especie de parentesco espiritual entre el bautizado y los hijos de sus padrinos, porque dicho autor en la vida de *Deusdedit* que subió al pontificado en 624, supone que este papa prohibió el matrimonio entre tales personas; pero en ninguna parte se encuentra tal decreto.

182. El siglo VIII nos presenta muchos testimonios de la prohibicion del matrimonio por la segunda especie de parentesco espiritual. El primer concilio romano celebrado en el pontificado de Gregorio II en 721, *can.* 4, fulmina anatema contra el que se casase con su comadre espiritual. Lo mismo decreta otro concilio romano celebrado en el pontificado de Zacarias, en 743, *can.* 5.

La carta decretal de este papa á Pepino prefecto de palacio y á los obispos de Francia, la cual es la séptima del vol. 6 de los con-

cilios del P. Labbe, contiene otro testimonio del impedimento dirimente del matrimonio resultante de la primera y segunda especie de parentesco espiritual. Dicho pontífice mira con tanto horror sobre todo el matrimonio de un padrino con su ahijada, que dice que ninguna ley ni canon alguno lo habian prohibido, porque se consideraba como cosa imposible. Ignoraba seguramente la ley de Justiniano, lo cual no es extraño, porque en el occidente solo regia el código Teodosiano.

183. Ademas hallamos en este siglo otro documento que manifiesta que el parentesco espiritual y el consiguiente impedimento resultaban asimismo del sacramento de la confirmacion. Tal es la contestacion dada en 754 por el papa Estevan II á los obispos de Francia que le habian consultado sobre varios puntos, la cual va inserta en el tom. 6 de la obra citada.

184. Los concilios celebrados en Francia durante aquel siglo, contienen la misma disciplina en cuanto á la primera y segunda especie de parentesco espiritual proveniente del sacramento del bautismo ó de la confirmacion. En este caso se halla el concilio de Metz celebrado en 753 en el reinado de Pepino, *can.* 1, el de Compiegne celebrado en 757 bajo el mismo reinado, *in generali popali conventu.*

185. Las leyes de Luitprando rey de los Lombardos, que son tambien del siglo VIII, establecen la misma prohibicion en la primera y segunda especie de parentesco espiritual, ley 5.

186. La misma disciplina se observó en Inglaterra, segun se desprende de la coleccion de cánones hecha por Egberto arzobispo de Cantorbery á últimos de aquel siglo, en la cual, *art.* 129, se halla continuado lo dispuesto por el concilio romano celebrado en tiempos de Gregorio II, de que antes hablamos.

187. S. Bonifacio obispo de Mayenza en el siglo VIII, en una de sus epístolas á Nothelmo arzobispo de Cantorbery, le dice haber permitido á un padrino que se casase con su comadre, es decir, madre de su ahijado, y que no sabe si en esto pecó por ignorancia, á causa de haber averiguado posteriormente que entre los romanos era prohibido tal matrimonio; y le suplica le diga si halla en los antiguos cánones ó libros sagrados alguna prohibicion semejante; pues que él no atina como este parentesco espiritual se mira como un impedimento de matrimonio cuando el bautismo hace hermanos á todos los hijos de la iglesia, sin que tal paren-

tesco impida que se casen. En el mismo sentido escribe á otro obispo ingles (*Pethelmo*). Estas dos cartas como tambien otra dirigida al abate Dudon en que se dice algo mas sobre el mismo asunto, las traslada Baronio, *tom.* 9, sobre el año 734.

188. En cuanto á la tercera especie de parentesco espiritual que se habia pretendido formarse entre el bautizado y los hijos de sus padrinos, empezose á suscitar la cuestion en el siglo VIII. Teodoro obispo de Pavia consultó sobre esto al papa Zacarias, quien le contestó que debian separarse dos que se habian casado unidos por tal vínculo. Esta contestacion es la carta 18 de este papa, *tom.* 6, de la coleccion del P. Labbe. El rey Luitprando establece este mismo impedimento en la ley 5 antes citada.

189. En el siglo IX los sucesores de S. Bonifacio se habian conformado con la disciplina de las demas iglesias del occidente en cuanto al impedimento resultante de la primera y segunda especie de parentesco espiritual, porque en el *can.* 55 del concilio de Mayenza celebrado en 813 de órden de Carlomagno, en el cual se hallaba Ricolfo arzobispo de Mayenza se establece este impedimento; siendo de notar que este canon fué transcrito palabra por palabra en los capitularios de Carlomagno y Luis el bondadoso, *lib.* 50, *art.* 137, y en la tercera addicion, *art.* 116. Tambien fué continuado en aquel código, *lib.* 7; *art.* 179 el decreto del concilio romano tenido en el pontificado de Gregorio II de que antes hemos hablado. El *art.* 4, *lib.* 6 trata como crimen capital el matrimonio con la comadre espiritual.

190. Por mas que este parentesco espiritual se considerase como un impedimento dirimente del matrimonio, siendo por consiguiente prohibido que uno fuese padrino de un hijo de su muger, tanto si era al propio tiempo hijo suyo, como si era de otro matrimonio; no obstante si asi lo hubiese hecho por ignorancia su matrimonio no debia disolverse, segun lo decide el papa Nicolás I en su carta á Rodulfo arzobispo de Bourges, *art.* 5.

Es de notar de paso que el papa concluye su carta con estas palabras: *Optamus sanctitatem tuam nunc et semper bene valere*, lo cual prueba que el título de *Santidad* no estaba aun reservado á solos los papas.

Esta carta se halla en la coleccion del P. Labbe, *tom.* 8, *pág.* 504 *y siguientes.*

191. Con mayoria de razon si un hombre por necesidad hubiese tenido que bautizar á un hijo suyo, el parentesco espiritual que contrae con su muger, no deberá dar lugar á una separacion. Asi lo decide el papa Juan VIII que ocupaba la Santa Sede á últimos del siglo IX, en su carta á Anselmo obispo de Limoges. *P. Labbe tom.* 9, *pág.* 122, *epist.* 188 de dicho papa.

192. Todavia menos deberia romper el matrimonio el parentesco espiritual, si tal parentesco hubiese sido contraido de intento para obtener bajo tal pretexto una separacion, segun lo decide el concilio de Chalons convocado por Carlomagno en 813, *can.* 30.

193. En cuanto al parentesco que se pretende mediar entre un ahijado y los hijos de sus padrinos, vemos que los papas del siglo IX continuan mirandolo como un impedimento dirimente de matrimonio. Asi se desprende de las decisiones del papa Nicolas I en sus respuestas *ad consulta Bulgarorum, art.* 2.

194. En el siglo X Leon VII que subió al solio pontificio en 936, y lo ocupó tres años, en su epistola á los Galos y Germanos, *P. Labbe*, *tom.* 9, *pag.* 596 *y siguientes*, reproduce en punto al parentesco espiritual el decreto de Zacarias en el concilio romano, que hemos referido antes, *n.* 182.

195. En el siglo XI hallamos las leyes eclesiásticas de Canuto que reinaba en Inglaterra á principios de este siglo; pues la ley 14 prohibe el matrimonio con la comadre espiritual y con la ahijada. En cuanto á la tercera especie de parentesco espiritual ninguna de estas leyes la reconoce.

196. No buscaremos mas testimonios sobre esta materia en los siglos siguientes, pues suficientes nos los ofrecen las decretales de los papas que se hallan en el cuerpo de derecho canónico, de las cuales se desprende que las tres especies de parentesco espiritual que hemos descrito, eran consideradas como impedimento dirimente del matrimonio; *tot. tit. ext. de cong. spir.*

Notamos solo que la segunda especie de este parentesco formado entre el bautizante y los padrinos de un lado y los padres del bautizado de otro, es un impedimento dirimente para un matrimonio celebradero, mas no disuelve el que ya se hubiese contraido, tanto si el acto origen del parentesco se hubiese practicado por ignorancia como por malicia; *cap.* 2, *ext. de cogn. spir.*

197. Es de notar asimismo una decision de Inocencio III relativa á la tercera especie de parentesco espiritual, pues consultado acerca de si debia considerarse como impedimento solo entre el bautizado y los hijos de sus padrinos nacidos despues de contraido tal parentesco, ó si deberia comprender tambien los hijos nacidos anteriormente, contexta aquel papa que comprende á unos y á otros; *cap.* 7, *ext. d. tit.* Parece que habia dado lugar á esta duda el *can.* 5, *caus.* 30, *quæst.* 3, que habia sido mal comprendido.

§. III.

Cual es la disciplina establecida por el concilio de Trento sobre los impedimentos dirimentes provenientes del parentesco espiritual.

198. El concilio de Trento, *sess.* 24, *de Reformat. cap.* 2, restringió el parentesco espiritual que debe formar un impedimento dirimente del matrimonio, al que contraen el bautizante y los padrinos con el bautizado ó confirmado y con los padres de este derogando los demas impedimentos que antes se habia creido poder resultar de las demas especies de dicho parentesco. Al dar el concilio las razones de su decreto dice: *Eo quod doceret experiencia propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis, ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non sine magno peccato perseveratur, vel ea non sine magno scandalo dirimuntur.*

Es de notar que este concilio solo permite que haya un padrino varon ó muger, ó á lo mas dos un hombre y una muger.

Por mas que en Francia no haya sido admitido el concilio tridentino, sus disposiciones en este punto son tan razonables, que no han podido rechazarse.

199. En cuanto á las especies de parentesco espiritual no derogadas, siguen siendo entre nosotros un impedimento dirimente, aunque facilmente se concede y se presume su dispensa.

200. El impedimento dirimente que se formaba antiguamente entre el bautizado y los hijos de los que le habian sacado de pila, de que hablamos en el anterior párrafo, quedó abolido por este concilio, de la propia suerte que muchas otras especies de parentesco espiritual que se habia creido poder causar impedimento para el matrimonio.

201. Como el intento del concilio tridentino fué restringir y de ninguna manera aumentar los impedimentos dirimentes del matrimonio, no cabe duda que al conservar los que resu tan del parentesco que contraen los padrinos con los padres del bautizado, no le dió mas fuerza que la que tenia antes, es decir, relativamente á impedir un matrimonio celebradero, y no en cuanto á disolver un matrimonio que anteriormente hubiesen contraido tales personas, segun ya muy anteriormente lo habia decidido Alejandro III; *v. supra*, *n.* 196.

202. Dispone ademas este concilio que el párroco se informe por los interesados de cuales son las personas elegidas para padrinos, á quienes cuidará de nombrar en el acta que extienda del bautismo en su registro, y que solo con las personas alli designadas se formará el parentesco espiritual; *d. sess.* 24, *cap.* 2.

No obstante no debe inferirse de esto que para que los padrinos contraigan el parentesco espiritual sea preciso que hayan sido elegidos para serlo por los padres del bautizado. Si por denegacion de los elegidos, ó por no admitirlos el cura, (lo cual puede hacer por alguna grave razon) sirviese de padrino una persona hallada por acaso en la iglesia, esa persona seria el verdadero padrino ó madrina, de ella se haria mencion en el testimonio del bautismo, y ella contraeria el parentesco espiritual. Esta opinion de Van-Espen me parece mas fundada que la de otro autor que piensa que para tener lugar este parentesco es necesario que los padrinos hayan sido rogados por los padres. La disposicion del concilio tiene por objeto evitar equivocaciones en la designacion de las personas.

203. Es de notar que si contra lo dispuesto por el concilio el párroco hubiese admitido mas de dos padrinos, todos los que hubiese admitido como tales contraerán el parentesco espiritual, con el bautizado y sus padres. Asi dice Barbosa haberlo decidido en Roma la congregacion, y creo que decidió bien, por cuanto si bien el párroco no debió admitirlos todos, despues de admitidos todos fueron padrinos.

§. IV.

De algunas especies peculiares acerca de las cuales se habia dudado en otro tiempo si formaban un parentesco espiritual y un impedimento dirimente del matrimonio.

PRIMERA ESPECIE.

DE LOS PADRINOS DE CATEQUISMO, Y DE LOS QUE LO SON CUANDO SE SUPLEN LAS CEREMONIAS DEL BAUTISMO.

---

204. Segun el decreto de Bonifacio VIII, el padrino de catequismo, es decir, el que habia presentado el catecúmeno á la instruccion que debia preceder al bautismo, aunque despues no fuese él quien lo sacase de pila, contraia el mismo parentesco espiritual que los padrinos de bautismo, del cual resultaba un impedimento para el matrimonio con la persona del presentado al catequismo; *cap.* 3, *de cogn. spir. in* 6.°

El concilio de Trento abolió este parentesco y el impedimento de él resultante, pues solo lo reconoce entre el bautizado y sus padrinos.

205. De ahí se sigue tambien que los que sirven de padrinos cuando se suplen las ceremonias del bautismo, no contraen parentesco alguno espiritual, pues dicho concilio no reconoce mas que el que proviene del sacramento mismo.

206. Síguese ademas que si uno que habia sido bautizado, lo fuese segunda vez por error, ora se expresase ó dejase de expresarse la fórmula, *si baptizatus fuerit*, los padrinos del segundo bautismo, como que es nulo, ningun parentesco espiritual contraerán.

No debe sin embargo decirse indistintamente con el autor de las *Conferencias de Paris*, que un bautismo conferido bajo condicion no forma parentesco alguno espiritual. Lo que debe decirse es que mientras no conste si es válido ó no tal bautismo, es incierto tal parentesco, cuya incertitud hace que no pueda atacarse el matrimonio que entre personas con tales relaciones unidas se hubiese celebrado: empero si todavia no lo hubiesen celebrado, harán mejor en no hacerlo, ó en impetrar antes dispensa.

SEGUNDA ESPECIE.

DE LA EXTENSION DEL PARENTESCO ESPIRITUAL AL MARIDO Ó MUGER DE LAS PERSONAS QUE LO CONTRAEN.

207. Dudárase antiguamente si el parentesco espiritual se comunicaba al marido ó muger de la persona que lo habia contraido, fundándose los que estaban por la afirmativa en que por el matrimonio el marido y la muger se confunden en una misma carne, en una misma persona hasta cierto punto. En este sentido decide la duda Nicolas I en su epístola á Salomon obispo de Constanza, copiada en el decreto de Graciano, *caus.* 30, *quæst.* 4, *can.* 1. Del mismo sentir es Bonifacio VIII, *cap.* 1, *de cogn. spir. in* 6.º

208. El papa Pascual II que ocupaba la santa sede á últimos del siglo XI y principios del XII pensaba por el contrario que el parentesco espiritual no se comunicaba del uno al otro de los cónyuges; *d. q.* 4, *can.* 5. El concilio de Tribur á últimos del siglo IX habia tambien decidido lo mismo.

209. El concilio tridentino resolvió estas dudas y cuestiones, no admitiendo mas impedimentos provenientes de parentesco espiritual, que los que designara, y nosotros llevamos referidos.

TERCERA ESPECIE.

SI LOS HIJOS DE DOS COMPADRES Ó COMADRES PUEDEN CONTRAER VALIDAMENTE MATRIMONIO.

210. Habiase dudado, porque parece que eran unos respeto de otros como hermanos. Ya Alejandro III habia decidido esta cuestion afirmativamente exceptuando no obstante los paises en que hubiese una costumbre en contrario. El concilio de Trento dió una resolucion todavia mas completa en el mismo sentido.

CUARTA ESPECIE.

SI EL PADRINO Y LA MADRINA CONTRAEN RECIPROCAMENTE ALGUN PARENTESCO ESPIRITUAL.

211. Al presente nadie duda que el padrino y la madrina no contraen ningun parentesco por sacar juntos de pila un niño: lejos de ser esto un impedimento para el matrimonio es no pocas veces un medio para prepararlo. Segun esto no hay inconveniente en que dos cónyuges sean el padrino y la madrina de un niño extraño.

Antiguamente habia habido sus dudas en este punto, por manera que Urbano II á fines del siglo once lo prohibió expresamente para mayor pureza de la disciplina; *can. últ. quæst.* 4, *caus.* 30.

ARTICULO V.

DEL IMPEDIMENTO DE PUBLICA HONESTIDAD.

212. Los impedimentos de pública honestidad son los que resultan de los esponsales ó de un matrimonio no consumado.

§. I.

Del impedimento resultante de los esponsales.

213. Los esponsales no producen afinidad alguna entre uno de los futuros esposos y los parientes del otro; porque la afinidad nace solo del matrimonio, *supra n.* 150, y los esponsales son solo un preparativo para el matrimonio.

Empero siendo este preparativo una especie de matrimonio *in spe*, ya que no produzca una verdadera afinidad, produce otra relacion ó connexion fundada en la pública honestidad, que no permite que uno de los prometidos esposos pueda contraer matrimonio con ningun pariente en línea recta del otro aun despues de disueltos los esponsales.

Los romanos habian conocido aun en medio del paganismo esta

connexion de púbiica honestidad, y habian en consecuencia prohibido el matrimonio entre tales personas; *l.* 12, §. 1, *ff. de ritu nupt.*; *l.* 14, §. *fin. ff. d. tit.*

214. De acuerdo las leyes romanas y la iglesia en este punto durante los diez ó doce primeros siglos, no habian extendido mas que á los parientes en linea recta esta relacion de pública honestidad que formaba un impedimento del matrimonio entre uno de los prometidos esposos y los parientes del otro. Mas despues dando fe á una falsa decretal atribuida á Julio I, inserta en el decreto de Graciano, *caus.* 27, *quœst.* 2, *can.* 15, este impedimento se extendió á los mismos grados que el de una verdadera afinidad resultante de matrimonio.

215. El papa Bonifacio VIII decidió ademas que los esponsales causasen este impedimento, aunque no hubiesen sido contraidos válidamente, con tal que su nulidad solo procediese de la falta de consentimiento de las partes, mientras hubiesen sido contraidos con persona cierta y determinada, puramente y sin condicion, ó si la habia, se hubiese realizado; *cap.* 1, *de spons. in* 6.°

216. El concilio tridentino corrigió esta disciplina, disponiendo que tal impedimento no se extendiese mas que al primer grado de afinidad colateral, y que solo lo producirian los esponsales válidamente contraidos; *sess.* 24, *cap.* 3. Esta es al presente la disciplina de la iglesia.

217. Piensa el autor de las *Conferencias de Paris*, que en las diócesis donde hay la costumbre de bendecir los esponsales, no forman el impedimento de que tratamos, sino siendo bendecidos. Yo creo lo contrario. La causa del impedimento es el contrato, la bendicion es una cosa accesoria; como que el contrato sin la bendicion produce por si solo todas las acciones y derechos civiles.

218. Para que tenga lugar el impedimento basta que los esponsales hayan sido válidamente contraidos, por mas que despues fuesen disueltos ora por mutuo consentimiento, ora por muerte de una de las partes. Asi piensan Fagnano, Corrado y Van-Espen. Basta en efecto que una muger en virtud de los esponsales celebrados con mi padre, ó con mi hijo, ó con mi hermano haya empezado á representarme madrastra, nuera ó cuñada, para que el pudor y la pública honestidad deban impedir que la tome por muger.

219. Mas si los esponsales de esta muger con mi padre hubiesen sido disueltos antes de mi nacimiento, no habrian podido producir connexion alguna entre ella y yo que estaba todavia por nacer. No podrá decirse en este caso que haya empezado á representar para mi la calidad de madrastra, pues cuando yo vine al mundo, ella habia dejado de ser la prometida esposa de mi padre.

220. Los esponsales contraidos bajo condicion suspensiva no producirán tal impedimento, si no se verifica la condicion. El mismo Bonifacio VIII que quiso que aun los esponsales nulos causasen este impedimento, reconoció que no podian producirlo los condicionales, si faltaba la condicion; *n.* 215. Esto se halla conforme con la naturaleza de los contratos condicionales.

§. II.

De la afinidad resultante del matrimonio no consumado.

221. Las leyes romanas no distinguian si el matrimonio habia sido consumado ó no, para atribuirle la formacion de la verdadera afinidad entre uno de los cónyuges y los parientes del otro, á tenor de lo que llevamos dicho, *supra. n.* 152. Segun una constitucion de Zenon, que es la ley *penult. cod. de incest. nupt.*, habia entre los egipcios una ley que habia hecho esta distincion, y á su tenor un hermano se casaba con la viuda de su hermano, si la habia dejado virgen; pues muerto el marido sin haber consumado el matrimonio, debia este considerarse como si no hubiese sido real y efectivo.

222. Aun cuando por derecho canónico no forme la afinidad un matrimonio no consumado, *supra*, *n.* 152, forma no obstante otra especie de impedimento dirimente, que se llama *de pública honestidad*, el cual alcanza á los mismos grados que la verdadera afinidad.

Creemos inútil entrar en la discusion de si el *cap. Ad audientiam*, 4, *ext. de spons. et matrim.* se refiere á un matrimonio contraido por esponsales *de presente* y no consumado, como lo pretenden Cuyacio y Fagnano, ó si se refiere á esponsales *de futuro*. Si estos solos bastaban en aquella época para causar un impedimento tan lato como el de afinidad, con mayoria de razon debia causarlo un matrimonio perfecto.

De la propia suerte ya que los esponsales *de futuro* aunque nulos producian antes del concilio tridentino un impedimento diri-

mente, segun vimos en el párrafo anterior, no cabe duda que un matrimonio no consumado aunque fuese nulo, como esto fuese solo por falta de consentimiento, causaba entonces igual impedimento, porque un matrimonio no consumado es una cosa mucho mas digna de consideracion y respeto que los simples esponsales. Por lo demas esto se halla decidido en el *cap.* 4, suponiendo que trata de un matrimonio no consumado.

223. El concilio de Trento restringió el impedimento de pública honestidad resultante de los esponsales *de futuro*, segun manifestamos en el anterior párrafo, pero no tocó al que resulta de un matrimonio no consumado. Los historiadores de aquel concilio no dicen siquiera que se tratase de esta materia. Pio V en su bula *Ad Romanum*, dada cinco años despues de concluido el concilio, dice que lo que este decidió respeto del impedimento resultante de los esponsales, solo se refiere á los esponsales *de futuro*, y que de ello nada debe inferirse en cuanto al que resulta del matrimonio no consumado, 1.° porque cuando se trata de abrogar ó modificar el derecho antiguo por una ley nueva, es preciso que esta lo diga explícitamente; 2.° porque siendo un matrimonio perfecto aunque no consumado un convenio mas atendible, mas respetable, mas inviolable que el de simples esponsales *de futuro*, de la restriccion puesta por el concilio de Trento al impedimento de los esponsales no puede inferirse consecuencia alguna á favor del que resulta del matrimonio no consumado, pues esto seria argüir *á minori ad majus*, lo que siempre es un mal argumento.

Resulta pues que el impedimento de pública honestidad resultante de un matrimonio no consumado alcanza al parentesco en los mismos grados que el impedimento de afinidad, de la propia suerte que antes del concilio de Trento.

Resulta ademas que hoy lo mismo que antes de este concilio, emana este impedimento de un matrimonio no consumado aunque fuese nulo, con tal que no lo sea por falta de consentimiento, y se haya celebrado con persona cierta y determinada. Asi opinan Fagnan sobre el *cap. Ad audientiam*, 4, *ext. de spons. et matrim.*, y Van-Espen.

224. Falta observar respeto de este impedimento que resulta de los esponsales y de un matrimonio no consumado, que tiene lugar lo mismo que el resultante de la afinidad, entre una de las partes y los parientes de la otra, ora sea su parentesco legítimo, ora ilegítimo.

§. III.

Otro caso.

Tambien se ha hallado un impedimento de pública honestidad para el matrimonio de un hombre con la madrastra de su difunta muger. Entre dichas personas no hay ninguna afinidad, pues esta solo tiene lugar entre un hombre y los cognados de su muger, y no con los afines, y afin es la madrastra de mi muger. Antes del concilio de Latran habria habido la que se llamaba afinidad de segunda especie, que se reputaba tener lugar entre uno de los cónyuges y los afines del otro, pero despues de aquel concilio no existe tal afinidad como impedimento, *n.* 161. Esto no obstante nuestros tribunales juzgaron que esta afinidad de segunda especie debia ser un impedimento en los matrimonios en línea recta, no por la afinidad misma, sino por pública honestidad. *Mornach ad l.* 42, *ff. de rit. nupt.*

Las leyes romanas reconocen esta especie de impedimento de pública honestidad, pues la ley 15, *ff. de rit. nupt.* probibe el matrimonio de un hombre con la viuda de su hijastro, y de una muger con el viudo de su hijastra.

ARTICULO VI.

DEL IMPEDIMENTO QUE RESULTA DEL RAPTO Ó SEDUCCION.

---

§. I.

Del rapto.

225. En otro tiempo el rapto formaba un impedimento dirimente del matrimonio entre el raptor y la robada, el cual era perpetuo, y subsistia tanto si la robada seguia en poder del raptor, como si no. *Nec sit facultas*, dice Justiniano, *l. un. cod. de rapt. virg.*, *raptæ virgini vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere*..... NULLO MODO, NULLO TEMPORE *datur licentia*,

etc. Lo mismo previenen los capitularios de Carlomagno, VII, 395, y el concilio de Pavia, *Ticinense*, del año 850, *cap.* 10.

226. Despues cambió la disciplina. Inocencio III decide que la robada puede casarse con su raptor, si se resuelve libremente á consentir en ello; *cap.* 7, *extr. de raptor.*

227. El concilio tridentino tomó el partido medio: prohibe el matrimonio del raptor con la robada, mientras esta se halla en poder de aquel, aunque lo consienta, corrigiendo en esto el derecho de las decretales; pero lo permite cuando la robada separada de su raptor y en lugar seguro lo consiente, separándose en esto del rigor del antiguo derecho.

§. II.

De la seduccion.

228. Entendemos aqui por *seduccion*, cuando sin emplear la violencia por malos medios y engañosos artificios se induce á una jóven á consentir en un matrimonio.

Por derecho frances la seduccion lo mismo que el rapto es un impedimento para el matrimonio, y la consideramos como una especie de rapto que llamamos *rapto de seduccion.*

229. Se presume de derecho la seduccion siempre que un menor se casa sin consentimiento de sus padres ó tutores; y en su consecuencia y en virtud de un recurso de fuerza presentado por los padres ó tutores el tribunal declara nulo el matrimonio; véase mas abajo, *part.* 4, *cap.* 1, *art.* 2.

Esto tendria lugar aun en el caso en que un frances menor se hubiese casado fuera del reino, en un pais en que tal presuncion no fuese admitida, y fuesen válidos los matrimonios de los menores celebrados sin el consentimiento de los padres ó tutores; porque las leyes que obligan á los menores á solicitar el consentimiento de sus padres ó tutores para casarse, y que establecen la presuncion de seduccion cuando tal requisito les falta, son leyes dirigidas á las personas, y que afectan y obligan por consiguiente á todo súbdito francés.

230. Esta presuncion no tiene lugar respeto de los mayores de edad, á no ser que el trato ilícito hubiese empezado en su menor edad, de manera que el matrimonio contraido cuando mayores, pueda repularse como una consecuencia de la seduccion.

ARTICULO VII.

DEL IMPEDIMENTO DEL MATRIMONIO RESULTANTE DEL ADULTERIO.

231. Las leyes romanas habian establecido un impedimento dirimente del matrimonio entre una muger y su adultero. Esto se desprende por induccion de la ley 40, *ff. de leg. Jul. de adult.*, donde dice Paulo que la acusacion de adulterio entablada por un marido contra alguno, cuando la acusacion no produjo un resultado contrario al acusado, no es obstáculo para que este pueda casarse con la viuda del acusador. Luego, dice muy bien Godofredo en sus notas, es claro que habria habido ese impedimento, si esa persona se hallase convicta de adulterio. S. Agustin da como existente en su tiempo esta disposicion de las leyes romanas: *de nupt. et concub. lib.* 1, *cap.* 10. Graciano al copiar en su decreto el texto de S. Agustin, suprime la particula *non*, y asi en vez de poner *non potest*, que dice el original, pone *potest*, destruyendo asi radicalmente lo sentado por el santo doctor, que no ignoraba seguramente las leyes romanas.

Justiniano, *novell.* 134, *cap.* 12, declara asimismo nulo el matrimonio de una muger con un hombre con quien en vida de su marido hubiese tenido relaciones adulterinas.

232. Como la iglesia habia observado siempre en su disciplina las leyes civil, los pueblos del Occidente al convertirse á la fé hallaron establecido este impedimento, y se conformaron con él. A últimos del siglo IX estaba vigente aun esta disciplina en Alemania. Asi vemos que el concilio de Tribur en Franconia, celebrado en 895, *can.* 4, dice: *Non licet ut ullus ea utatur in matrimonio, cum qua prius pollutus est in adulterio.*

Graciano, *caus.* 31, *quæst.* 1, *can.* 4, trastorna el sentido de este canon, y supone que habla de uno que ademas de haber cometido adulterio con una muger casada, la habia jurado que se casaria con ella, si enviudaba. Verdad es que un hecho semejante dió lugar al canon del concilio de Tribur, pero no lo es menos que la disposicion no se concreta á aquel caso especial y otros análogos, sino que es general, y comprende todo matrimonio con muger con quien se hubiese cometido adulterio.

233. Esta disciplina habia sido modificada en Francia desde el siglo nono. Asi vemos que el concilio de Meaux celebrado en 845 en el reinado de Carlos el Calvo, *can.* 69, considera el adulterio como impedimento prohibitivo no dirimente del matrimonio con la adultera; y á menos que se presentase este crimen acompañado de alguna circunstancia agravante, se permitia á los adulteros que se hubiesen casado despues de la muerte del primer marido, el que viviesen de consuno despues de haber practicado algunos actos de penitencia en expiacion de su pecado.

234. En los siglos siguientes dejó de considerarse el adulterio como impedimento dirimente del matrimonio, á no ser en el caso de haber mediado una promesa de casamiento hecha en vida del marido, ó de haber precedido su asesinato. El decreto de Graciano en que se estudiaba entonces el derecho canónico, sin investigar de que fuentes habia sido sacado, contribuyó muy eficazmente á generalizar esta opinion. Sin embargo de que por una decretal de Alejandro III se vé que en el siglo XII este punto no se consideraba de todo punto decidido; *cap.* 1, *extr. de eo qui duxit. etc.*

235. Finalmente en el siglo XIII Inocencio III fijó la disciplina de la iglesia decidiendo formalmente, que el adulterio no era impedimento dirimente sino en dos casos, **1.°** si los adulteros se hubiesen dado palabra de casamiento para despues de la muerte del cónyuge ofendido, y 2.° si el adultero hubiese contribuido al asesinato de su cónyuge; *cap. Significasti*, 6, *extr. d. tit.*

Segun esto la promesa de casamiento unida al ádulterio forma un impedimento dirimente del matrimonio; pero una nuda promesa de esta clase sin haber precedido ni seguido adulterio, es decir, sin comercio carnal con el hombre ó con la muger á quien fuera hecha, por mas que sea criminal, no forma impedimento: es preciso para ello que haya promesa y adulterio.

236. Si el adulterio secreto unido á la promesa de casamiento causa impedimento dirimente, con mayoria de razon lo causará el adulterio público que cometo casándome en vida de mi muger con otra que no ignora que estoy casado. Este impedimento hará que no pueda despues de muerta mi muger revalidarse el matrimonio con la otra. Lo mismo debe decirse cuando una muger en vida de su marido se casa con un hombre que sabe que está ella casada.

237. Nótese que como el matrimonio que contraigo en vida de mi consorte, solo es un adulterio en cuanto medie comercio carnal con esta segunda muger en vida de la primera, si acaeciese la disolucion de mi primer matrimonio por la muerte de mi muger antes de haber conocido á la otra carnalmente, supuesto que entonces no habria habido adulterio, el segundo matrimonio podria ser revalidado, aun cuando no deja de haber sido escandaloso y criminal. Asi lo decide el papa Gregorio IX, *cap. fin. ext. de eo qui duxit in matr.*

238. Pero si el segundo matrimonio celebrado mientras subsistia el primero, hubiese sido seguido ó precedido de comercio carnal, no podrá ser revalidado.

Esto tendrá lugar, **1.°** aun cuando el primer matrimonio no hubiese sido consumado por la union carnal, pues basta que haya sido celebrado legítimamente para que el segundo envuelva el vicio de adulterio, que impide su revalidacion; *cap.* 2, *ext. d. tit.*

2.° Aun cuando un marido hubiese hecho condenar á una reclusion á su muger por causa de adulterio, no dejaria de ser adulterino el matrimonio que en tal estado de cosas contrajere con otra muger, y por lo mismo no podria ser revalidado despues de muerta la primera muger. Lo decide asi Clemente III, *cap.* 4, *ext. d. tit.*

3.° Un segundo matrimonio contraido durante el primero no podria ser revalidado por mas que hubiese subsistido por mucho tiempo, y hubiesen nacido de él muchos hijos; *cap.* 4 y 5, *eod.*

239. Hasta aqui solo hemos hablado del matrimonio contraido por un hombre en vida de su muger, ó por una muger en vida de su marido, con una persona que sabia que aquel con quien se casaba, lo estaba ya con otra persona. Solo en este caso en que hay mala fé por las dos partes, está absolutamente prohibida la revalidacion.

Mas si en vida de mi muger hubiese contraido matrimonio con otra que ignoraba mi estado, y se unió de buena fé conmigo, este segundo matrimonio podrá ser revalidado, y yo no podré pedir su anulacion, si esta segunda muger no consiente en ello. Lo decide Alejandro III, *cap.* 1, *ext. d. tit. V. cap.* 7, *eod.*

ARTICULO VIII.

DEL IMPEDIMENTO RESULTANTE DEL ASESINATO.

240. El asesinato de uno de los cónyuges importa impedimento dirimente del matrimonio entre el asesino y el otro cónyuge sobreviviente en dos distintos casos.

Primero si el asesinato se hubiese perpetrado con participacion del cónyuge sobreviviente; *cap. Laudabilem*, 1, *ext. de convers. infid.* Si la muger hubiese en sus principios consentido en el asesinato de su marido que alguno le proponia, pero antes de la ejecucion del atentado le hubiese declarado que no consentia en él, no podrá decirse que el asesinato se perpetró con consentimiento de dicha muger: la revocacion de este consentimiento hace que desaparezca su complicidad, y por lo mismo el impedimento del matrimonio entre esta muger y el asesino.

241. El segundo caso es cuando el asesino ha cometido al propio tiempo adulterio con el otro cónyuge; *cap. Super hoc*, 3, *ext. de eo qui dux.* El asesinato verificado sin participacion del cónyuge sobreviviente no formaria por sí impedimento alguno: el adulterio solo sin promesa de casamiento tampoco lo formaria; pero el concurso de estos dos crímenes lo forma.

242. Es de observar que en uno y otro caso para que el asesinato acarree impedimento de matrimonio, es necesario que haya sido consumado. Una tentativa no lo acarrea. Las leyes penales se interpretan literalmente.

Esta especie de impedimento se funda en una razon muy plausible, dirigida á que un hombre apasionado de una muger casada, sabiendo que si asesina á su marido, esto mismo será un obstáculo para que nunca pueda casarse con ella, se retraiga de cometer tal atentado, á que tal vez se abalanzaria, si puediese considerarlo como medio de satisfacer su pasion.

Sin embargo este impedimento es meramente de derecho positivo, no de derecho natural; porque no parece que Dios condenase el matrimonio de David con Betsabé, ya que un hijo de esta union fué por órden del mismo Dios el sucesor al trono de su padre.

ARTICULO IX.

DEL IMPEDIMENTO QUE RESULTA DE LA DIVERSIDAD DE CULTOS.

243. Ningun texto hallamos en el nuevo testamento que prohiba á los fieles el casarse con infieles ó hereges. Los lugares en que los padres creyeron ver esa prohibicion, nada contienen de formal y positivo.

El primero es de la epístola primera á los Corintios, *cap.* 2, *vers.* 39. *Mulier..... si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult nubat*, TANTUM IN DOMINO. Estas últimas palabras que, segun algunos padres, quieren decir que solo puede casarse con un cristiano, en mi concepto solo significan que en este acto importante como en los demas de la vida ha de consultar la voluntad del Señor.

Lo mismo sucede con estotro de la epístola segunda á los Corintios, *cap.* 6. *Nolite jugum ducere cum infidelibus; quæ enim participatio justitiæ cum impietate, etc.* S. Pablo no habla aqui del matrimonio, solo prohibe á los fieles todo comercio con los infieles sin necesidad y utilidad, y cuando este comercio puede ser ocasion de pecado.

S. Agustin no halló en estos lugares una prohibicion absoluta de casarse los fieles con infieles. Las palabras *tantum in Domino*, dice que admiten dos sentidos, *aut cristiana permanens, aut cristiano nubens*, y en seguida se declara por nuestra opinion de que en el evangelio no está prohibido dicho matrimonio: *De consang. adult. lib.* 1, *cap.* 25, *n.* 31. Este mismo santo doctor en el libro *de Fide et Operibus*, *cap.* 19, *n.* 35, despues de referir la opinion de S. Cipriano acerca de ser uno de los pecados mas graves el casarse fieles con infieles, dice que en su tiempo no se reputaba ser pecado tal matrimonio.

244. Por mas que no fuesen malos en sí los matrimonios de fieles con infieles, podian reputarse tales, si mediaba la circunstancia de ser ellos una ocasion de pecar, y entonces podian entenderse comprendidos en aquella prohibicion general: *Si oculus tuus scandalizat te, erue eum, et projice á te.* Esto era casi siempre asi en los primeros siglos de la iglesia, en que esta debia temerlo

todo de los infieles. Esto explica porque Tertuliano en su segundo libro á su muger, y S. Cipriano en su carta *de Lapsis*, declaman con tal ardor contra esos enlaces.

245. En este sentido y bajo este concepto habla el concilio de Elvira del año 305, en el imperio de Constancio, Cloro y Galerio, al prohibir en su canon 15 dar las doncellas cristianas á los gentiles, y en los dos siguientes darlas á los hereges ni á los judios.

El concilio de Arlés celebrado bajo el imperio de Constantino en 314 probibe el matrimonio de una jóven cristiana con un infiel sujetando á una penitencia pública á la que lo contrajese.

El concilio de Laodicea parece distinguir entre la gente de iglesia y los simples fieles, prohibiendo á aquellos absolutamente el dar en matrimonio sus hijos ó hijas á hereges; *can.* 10; á los simples fieles se lo permite, como sea para tener al herege en su casa y compañía, y prometa convertirse.

El concilio de Cartago en 395 limitó esta prohibicion á los hijos de los obispos y demas clerigos.

De la propia suerte se halla limitada la prohibicion del concilio de Calcedonia celebrado en 491, en el imperio de Marciano. No obstante algunas iglesias particulares conservaron la costumbre de considerar prohibido el matrimonio entre fieles é infieles ó hereges, á no ser que estos prometiesen convertirse: asi es que el concilio de Agda del año 506 sanciona en estos términos la prohibicion.

246. A excepcion de estas iglesias particulares, se habia dejado á la conciencia de cada cual el examinar si segun las circunstancias peculiares habia de ser el matrimonio con un infiel ó herege un motivo de pecado para el cónyuge cristiano.

Algunas veces lejos de haber ese temor podia concebirse la esperanza de ganar una alma á la verdadera religion. Asi S. Agustin nos enseña que á las lágrimas y oraciones de su madre Sta. Mónica fué debida la conversion de Patricio su marido que era pagano. Sta. Clotilde obtuvo asimismo la conversion de Clovis su esposo, primer rey cristiano, seguida de la de muchos señores y soldados franceses. Teodolinda consiguió tambien en sus esfuerzos y oraciones la conversion de su esposo Agilulfo rey de los Lombardos que era arriano, y la de un gran número de arrianos ó paganos: Baronio, tom. 8, sobre el año 591, n. 49 y 50.

247. Nótese que los concilios al prohibir estos matrimonios de que vamos hablando, se limitan á imponer penas canónicas, sin declarar nulos los matrimonios. La iglesia entonces, como hemos observado, *supra n.* 21 y 22, no reconocia mas impedimentos dirimentes que los establecidos por las leyes divinas ó por las de los príncipes seglares.

Los concilios segundo y tercero de Orleans parece que mandan la separacion, pero debe entenderse de la referente á la cohabitacion durante el tiempo de la penitencia que debian sufrir los casados con judios, contra lo que se prevenia; asi es que en uno de sus canones se dice que tales matrimonios son *ilícitos*, y no se dice *inválidos*.

248. En cuanto á leyes de los emperadores, solo tenemos dos. Constancio prohibió bajo pena de muerte á los judios el casarse con mugeres cristianas; *cod. Theod. de judæis.* Los emperadores Valentiniano, Theodosio y Arcadio prohibieron no solo el matrimonio de un judio con una cristiana, sino tambien el de un cristiano con una judia, bajo la misma pena que la impuesta al adulterio (la de muerte segun la ley de Constantino) *l.* 2, *cod. theod. de nupt.*, y *l.* 61, *cod. Theod. ad l. Jul. de adult.*

Justiniano no incluyó estas leyes en su código, prueba de que no estaban en uso. Es probable que ya no lo estarian bajo el imperio de Marciano, puesto que el concilio de Calcedonia, celebrado bajo este emperador, permite el matrimonio con los judios, con tal que prometan convertirse.

249. Estas leyes son solo concernientes á los judios: los matrimonios entre paganos y cristianos no habian sido prohibidos, segun nos lo enseña S. Agustin, contemporaneo del emperador Valentiniano. No obstante se ha querido defender que esta prohibicion fué sancionada por Valentiniano y Valente en la ley *únic. cod. theod. de nupt. gentil.*, ley que no fué entendida, pues solo habla del matrimonio entre romanos y extrangeros que allí son llamados *barbaros y gentiles. V. comment. de Godofr. sobre esta ley.*

250. La primera ley que declaró la nulidad de los matrimonios entre católicos y hereges en general de cualquier secta que fuesen, es el canon 72 del concilio celebrado en Constantinopla por el año 692, en la sala de la cúpula del palacio imperial, llamado por este el concilio *in Trullo*, y tambien *Quinisexto* por haber sido

convocado para servir de suplemento á los concilios quinto y sexto. Este concilio convocado por el emperador Justiniano II y compuesto en su mayor parte de obispos monotelitos, fué mirado por los latinos como un conciliábulo, en términos que Sergio que entonces ocupaba la Santa Sede se negó á prestar su adhesion á pesar de las órdenes y amenazas del emperador.

251. En Francia se miraron como peligrosos y como tales malos, y hasta como prohibidos estos matrimonios; pero no habia ley alguna que los declarase nulos, hasta que los declaró tales el edicto de Luis XIV del mes de noviembre de 1680.

CAPITULO IV.

DE LAS DISPENSAS DE LOS IMPEDIMENTOS DE MATRIMONIO QUE SE ENCUENTRAN EN LAS PERSONAS.

Sobre esta materia vamos á ver, 1.° á quien compete el poder de conceder las dispensas para los matrimonios; 2.° de que impedimentos pueden concederse dispensas; 3.° los principios que deben establecerse en esta materia; 4.° las causas que se acostumbran alegar para impetrar las dispensas de parentesco y afinidad; 5.° la forma asi de las dispensas, como de las súplicas para obtenerlas y de su fulminacion.

ARTICULO I.

A QUIEN COMPETE OTORGAR DISPENSAS DE LOS IMPEDIMENTOS DE MATRIMONIO.

252. Establecidos por el poder temporal los mas antiguos impedimentos de matrimonio de derecho positivo, á ese poder toca dispensar de ellos; porque solo el legislador mismo puede dispensar del cumplimiento de su ley.

Asi entre los romanos el impedimento de matrimonio entre un ciudadano de honrada condicion y una cómica fué establecido por la ley civil, y por esto el emperador Justiniano, *l.* 23, *cod. de nupt.* permite á tales mugeres que despues de haber dejado su oficio se dirijan á él para impetrar la dispensa de dicho impedimento.

Establecido por la ley de Teodosio el Grande el impedimento de matrimonio por causa de parentesco entre primos hermanos, era preciso dirigirse á los emperadores para obtener su dispensa. Asi nos lo enseña la ley de Arcadio y Honorio tal cual fué trasladada al código teodosiano, *l. unic. si nupt. ex rescrip. pet.*

Nadie pensó entonces que al reservarse la facultad de dispensar se excediesen los emperadores de sus atribuciones, ni que usurpasen las del poder eclesiástico.

El rey Teodorico usaba tambien del poder que compete á los príncipes para dispensar los impedimentos de matrimonio que hubiesen establecido. Cassiodoro, *Variorum*, *lib* 7, *cap.* 46, refiere la fórmula de una dispensa para un matrimonio entre primos hermanos.

253. Teniendo la iglesia poder para establecer impedimentos dirimentes del matrimonio, segun vimos antes, *n.* 19, puede tambien otorgar dispensas de los que ella hubiese establecido.

Los protestantes la niegan esos dos derechos: pretenden que no tiene facultades para establecer nuevos impedimentos debiéndose limitar á los establecidos por el Levítico, y que por lo mismo tampoco las tiene para dispensar de ellos. Contra esta doctrina fulmina anatema el concilio tridentino, *can.* 3, *sess.* 24.

254. Acato este canon, y reconozco su legítimo fundamento; solo haré una observacion. Por incontestable que sea el derecho que tiene la iglesia para otorgar dispensas de los impedimentos por ella establecidos, siendo obligatorio el obtenerlas de los superiores eclesiásticos á las personas en quienes tales impedimentos se encuentran; no obstante como los príncipes al adoptar los cánones que los establecen, los convirtieron en leyes civiles para sus estados, es de ahí que las dispensas que obtienen los súbditos de estos estados de los superiores eclesiásticos, no serian suficientes sin que accediese á ellas el consentimiento, tácito cuando menos, del príncipe seglar. Tal consentimiento ó autorizacion tácita se infiere de la tolerancia con que este permite que sus súbditos se casen previa la sola dispensa eclesiástica.

255. Es de notar asimismo que aun cuando el impedimento de parentesco entre primos hermanos fué establecido por una ley de

Teodosio, y el de parentesco espiritual por otra de Justiniano, y de consiguiente por el poder temporal, son sin embargo considerados como impedimentos de disciplina eclesiástica cuya dispensa toca á los superiores eclesiásticos. La razon de esto es que los pueblos fundados sobre las ruinas del imperio romano, como que nunca obedecieron á aquellos emperadores, solo se sugetaron á dichos impedimentos en cuanto se hallaban sancionados por la iglesia.

256. ¿Tienen los obispos cada cual en su diócesis el derecho de otorgar las dispensas que compete á la iglesia, ó bien este derecho está sola y exclusivamente reservado al papa? Fra-Paolo en su historia del concilio tridentino asegura que los obispos españoles y franceses pidieron que en los cánones en que se hablase de las dispensas, se expresase que serian concedidas por los obispos; pero que los italianos se opusieron á esto con todas sus fuerzas, alegando que el objeto de aquellos obispos era el de constituirse otros tantos papas, y hacerse independientes de la Santa Sede. La cuestion quedó sin resolver, y se evitó el expresar en ningun canon quien concederia las dispensas. Asi en la sesion 24, *cap.* 18, se dice en términos vagos y generales: *Si urgens justaque ratio..... postulaverit ut cum aliquibus dispensandam esset, id causa cognita ac summa maturitate, atque gratis*, A QUIBUSCUMQUE AD QUOS DISPENSATIO PERTINEBIT, ERIT PRÆSTANDUM.

Este poder considerado en sí mismo, hecha abstraccion de lo que el uso haya podido conferir respeto de esto al papa, es otra de sus facultades episcopales que por derecho comun pertenecen á cada obispo en su diócesis. Los apóstoles transmitieron á los obispos sus sucesores todo el poder que habian recibido de Jesucristo para el gobierno de la iglesia. Cada obispo debe por derecho comun gozar de todo este poder para gobernar su diócesis. De ahí se sigue que cada obispo es en su diócesis el juez natural acerca de la extension que deban tener los canones, y de los casos en que deban sufrir alguna excepcion, y en que por consiguiente sea necesario otorgar alguna dispensa. Es ademas constante que en ningun tiempo ni lugar se halla un canon que haya reservado al papa con exclusion de los obispos la facultad de conceder dispensas de los impedimentos del matrimonio.

En cuanto al uso, no ha sido en todas partes el mismo. En Francia tenemos algunas diócesis cuyos obispos se hallan en pose-

sion de dicha facultad de dispensar impedimentos por razon de parentesco ó afinidad en tercero ó cuarto grado. Asi sucede, segun el autor de las *Conferencias de Paris*, en la diócesis de Paris, en la de Chalons-sur-Marne y en todas las diócesis de las provincias de Guiena y Langüedoc y en muchas otras. Respeto de todas estas no cabe duda que sus obispos tienen el derecho de otorgar dispensas, porque sobre competerles este derecho que el obispado les da *per se*, se hallan en posesion del ejercicio de este derecho. No puede negarse que tambien el papa puede en aquellas diócesis conceder dispensas á los particulares que se dirijan á el para obtenerlas: la larga posesion en que se halla de concederlas le da este derecho de concurrencia.

257. Hay en Francia un gran número de otras diócesis en que solo el papa está en posesion de otorgar dispensas de parentesco, afinidad y otras, sin que haya memoria de haberlas concedido jamas los obispos á no ser pobres los solicitantes. Respeto de estas diócesis ocurre la dificultad de si el papa ha adquirido por prescripcion este derecho exclusivo. Muchas son las razones en pro y en contra emitidas acerca de esta cuestion importante, en la cual me abstengo de dar mi dictámen.

258. En las diócesis en que los obispos se mantienen en posesion de dar dispensas, pueden asimismo otorgarlas sus vicarios generales, puesto que aquella facultad es parte de la jurisdiccion ordinaria del obispado, y por consiguiente pasa al delegado; á no ser que el delegante se la hubiese reservado expresamente.

269. Por igual razon pueden dispensar los vicarios generales del capítulo, sede vacante; mas no los oficiales, á quienes solo les fué delegada la jurisdiccion contenciosa.

260. Si un obispo solo otorga dispensas en virtud de un indulto del papa, no podrá otorgarlas su vicario general; porque la jurisdiccion delegada no puede delegarse, sino únicamente la propia; *l.* 1, *l.* 5, *ff. de off. ejus cui mand.*; *l.* 5, *ff. de jurisd.*

261. Los capítulos, abades y otros que gozan una jurisdiccion *casi episcopal* sobre cierto territorio, no pueden otorgar dispensas, como no se hallaren en posesion de este derecho, y aun entonces habria sus dudas, por cuanto estas jurisdicciones son poco favorables.

ARTICULO II.

DE QUE IMPEDIMENTOS PUEDE OBTENERSE DISPENSA

262. Es evidente que no puede impetrarse dispensa de aquellos impedimentos que tienen su fundamento ó en la naturaleza misma del matrimonio, ó en el derecho natural ó divino, ó en la pública honestidad.

Para que pueda comprenderse mas particularmente cuales son las diferentes causas de impedimentos por las cuales puede ó no obtenerse dispensa, vamos á recorrerlas brevemente una por una.

Seis causas de impedimentos dirimentes que llamamos *absolutos*, referimos en la primera seccion, tales son, la falta de razon, impubertad, impotencia, un matrimonio subsistente, órdenes sagradas y la profesion religiosa. Como que las cuatro primeras especies se fundan en la naturaleza misma del matrimonio, claro está que no cabe en ellas dispensa.

263. Por mas que el impedimento que traen consigo las órdenes sagradas, sea de derecho positivo, sin embargo no se acostumbra otorgar por él dispensa. Los papas la otorgaron alguna vez á los príncipes para bien de un estado: concédese asimismo á veces á los particulares, cuando no han pasado mas allá del subdiáconado, mas que mas cuando se ordenaron por violencia.

264. Mas dificil todavia es la dispensa de la profesion religiosa. Aun cuando el papa hubiese dispensado á un religioso de sus votos, y permitídole que se casase, no podria el dispensado contraer un matrimonio que tuviese los efectos civiles, porque con su profesion perdió el estado civil, y en este órden es considerado como muerto, y el papa que nada tiene que ver con el órden político, no puede rehabilitarle: solo el rey puede volverle el estado civil.

Es muy diferente el caso de un religioso cuyos votos declara nulos el ordinario de su diócesis. Como el juez eclesiástico es competente, segun las leyes, para juzgar de la validez ó nulidad de los votos, que son una materia espiritual; su sentencia hace fé jurídica de que la profesion religiosa no fué válida; y de esto se infiere que nunca perdió el estado civil, que solo puede perderse con una profesion religiosa válida. Asi que nada se opone á que esta persona que solo en apariencia, *habitu tenus*, fué religiosa y nunca en realidad, pueda contraer válidamente un matrimonio que produzca todos los efectos civiles.

265. Pasemos á las nueve especies de impedimentos de que hablamos en la seccion segunda. La primera es de parentesco. Respeto de esta es preciso distinguir las líneas y los grados.

Es evidente que el parentesco en línea recta, cualquiera que sea su grado, no admite dispensa; porque este impedimento se funda en el derecho natural que ha hecho mirar en todos los países como incestuoso el matrimonio entre personas unidas por semejante parentesco.

266. En cuanto al parentesco colateral, no se concede dispensa para el matrimonio de hermanos por estar fundado este impedimento en el derecho natural y en la ley del Levítico que prohibe dicho matrimonio, segun vimos antes, *n.* 133.

267. Tampoco parece admitir dispensa el matrimonio de un sobrino con su tia. Hállase expresamente prohibido por la ley del Levítico, segun vimos, *n.* 133; y el respeto que un sobrino debe á su tia no consiente que ella llegue á ser su muger y á estar en calidad de tal bajo su potestad.

268. Podria parecer que se halla en el mismo caso el matrimonio del tio con su sobrina. Aunque no lo prohiba expresamente el Levítico, como el anterior, parece no obstante mediar la misma razon. Si la tia no puede casar con su sobrino, porque son de la misma sangre, segun el libro sagrado, tampoco podrá hacerlo el tio con la sobrina, que son tambien de la misma sangre.

Añádase que este matrimonio ha sido constantemente mirado, aun desde el tiempo del paganismo, como contrario al derecho natural, segun vimos ya, *n.* 134. El emperador Zenon, *l.* 2, *cod. si nupt. ex rescript. pet.*, llama semejante union *nefandum scelus*, y hasta prohibe que se le pida dispensa para contraerlo.

No obstante hay ejemplos de haberse concedido dispensa para matrimonios de tios con sobrinas. El papa Alejandro IV en el siglo XIII la concedió á Waldemaro rey de Suecia para que se casase con Sofia hija de Enrique, hermano suyo rey de Dinamarca. Oton que refiere este hecho, hace notar que el papa halló dificultad en esta concesion que primero habia negado, accediendo solo

en consideracion á las grandes ventajas que de tal enlace debian reportar los dos reinos.

Otro ejemplo célebre es la dispensa otorgada á Felipe II rey de España para que pudiese casar en cuartas bodas con Ana de Austria hija del emperador Maximiliano su hermano.

Posteriormente se han hecho muy frecuentes estas dispensas, por manera que tenemos á la vista algunas otorgadas á simples ciudadanos. No nos toca á nosotros criticar tal conducta.

269. A pesar de haber prohibido el concilio de Trento el conceder dispensas para matrimonios entre primos hermanos, como no fuesen grandes príncipes y por razones de estado, *sess.* 24, *cap.* 5, *tit. de reform. matr.*, se suelen conceder en la curia romana á todos los que las piden.

Con mayoria de razon se concede tal dispensa á los primos en grado mas remoto.

270. Por lo que mira á la segunda especie de impedimentos provenientes de afinidad, es preciso distinguir, lo mismo que en cuanto al parentesco, entre líneas y grados. Es evidente que no admite dispensa la afinidad en línea recta, cualquiera que sea su grado, por fundarse este impedimento en la ley natural y en la del Levítico.

En cuanto á la afinidad en línea colateral, por mas que el Levítico prohibe expresamente el matrimonio de un hermano con la viuda de su hermano, tenemos no obstante un ejemplo bien célebre de dispensa otorgada en ese caso, tal es la que concedió el papa Julio II á Enrique VIII de Inglaterra para que pudiese casarse con Catalina de Aragon viuda de su hermano Arthus: tenemos ademas el de la dispensa concedida posteriormente por Inocencio X á Casimiro rey de Polonia para casarse con Maria de Gonzaga viuda de su hermano Uladislao. Para disculpar estas dispensas se dice que ni el matrimonio de Arthus con Catalina de Aragon ni el de Uladislao con Maria de Gonzaga habian sido consumados, y que por consiguiente no les alcanzaba la prohibicion del Levítico, segun parecen indicarlo aquellas palabras: *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelavis, quia turpitudo fratris tui est.*

En los demas grados de afinidad lateral se concede dispensa. Se han hecho muy frecuentes las dispensas para matrimonios entre un viudo y la hermana de su difunta muger. Para disculparlas dicese que el Levítico, 18, 12, prohibia á los judios el tener por mugeres á dos hermanas simultaneamente: *Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec revelabis turpitudinem ejus* ADHUC ILLA VIVENTE; de donde infieren que no prohibia expresamente casarse con ellas sucesivamente. S. Basilio pensaba bien de otra manera, pues en su carta á Diodoro, que es la 197 de la edicion de Paris en 1638, dice que le causó horror ser preguntado sobre si podia uno casarse con la hermana de su difunta muger.

En Orleans hemos visto el ejemplo de una dispensa otorgada para que un particular pudiese casarse con la viuda de su tio paterno, á pesar de que ella le representaba madre, y de que parece prohibir expresamente tal enlace el Levítico, 18, 14.

271. Pasemos á las otras especies de impedimentos. La tercera especie de los que dejamos referidos en la seccion segunda, es la que proviene del parentesco civil que formaba la adopcion. No estando esta en uso, no puede tener lugar ni el impedimento ni la dispensa.

La cuarta especie de impedimentos comprende los provenientes del parentesco espiritual: en ellos se concede facilmente la dispensa.

272. Los impedimentos que en quinto lugar expusimos, son los llamados de *pública honestidad*, y resultan de los esponsales ó de un matrimonio no consumado. Es evidente que es de tal naturaleza la pública honestidad que no cabe respeto de ella la menor dispensa: no puede honestamente dispensarse lo que la pública honestidad prohibe. Asi es que la pública honestidad que prohibe el matrimonio de uno de los prometidos esposos ó de uno de los cónyuges por matrimonio no consumado, con los parientes por línea recta del otro prometido esposo, ó cónyuge, tampoco permite dispensar para tales matrimonios.

No es lo mismo respeto del matrimonio de uno de los prometidos esposos ó cónyuges con los parientes del otro por línea colateral; como estos enlaces fueron por largo tiempo permitidos y considerados como honestos, no pueden parecer contrarios á la pública honestidad propiamente tal, que es invariable. La pública honestidad en que se pretende fundar el impedimento para esos matrimonios, no es mas que un derecho arbitrario, en que puede tener lugar la dispensa.

273. El impedimento que expusimos en sexto lugar, y resulta del rapto, no admite dispensa, como que fuera contrario á las buenas costumbres permitir que un raptor casase con la joven que hubiese robado y conservara en su poder.

274. En cuanto á los impedimentos explicados en séptimo y octavo lugar, es evidente que no debe autorizarse á una muger para casarse con su adultero, ó con el asesino de su marido, en los casos en que la disciplina eclesiástica se lo prohibe: tal dispensa fuera una recompensa del crímen, y contraria por lo mismo á las buenas costumbres.

Mas si las partes hubiesen ya contraido el matrimonio de hecho, á pesar de los impedimentos de que solo ellas tenian noticia, acostúmbrase concederles en Roma por un breve de la penitenciaria una dispensa que valida su enlace. Esta dispensa dirigida á evitar el escándalo que de la separacion habia de resultar, y la manifestacion del crimen á que dicha separacion podria dar lugar, se funda en motivos muy atendibles y honestos.

275. Por lo que hace al impedimento resultante de la disparidad de cultos, entre católicos y protestantes, establecido por la ley civil, solo el rey puede otorgar dispensa.

ARTICULO III.

PRINCIPIOS ACERCA DE LA CONCESION DE DISPENSAS DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO.

———

Vamos á ver antes que todo en el párrafo primero cual es la naturaleza del poder que tienen las autoridades eclesiásticas para conceder dispensas; en el párrafo siguiente aplicaremos el principio fundado en la naturaleza de este poder á las dispensas para matrimonios.

§. I.

De la naturaleza del poder que tienen las autoridades eclesiásticas para conceder dispensas.

276. El poder que tienen estas autoridades para conceder dispensas, parece puede definirse: el derecho que tiene un superior

eclesiástico para declarar jurídica y autorizadamente que aquel que pide la dispensa, se halla en un caso en que la regla general debe tener excepcion, y que los autores mismos de la regla, á haberlo previsto, habrian establecido como caso de excepcion.

La dispensa es la declaracion jurídica, hecha por el superior eclesiástico, de que aquel á quien se concede, se halla en uno de estos casos de excepcion. Para fundar nuestras definiciones, haremos notar que en lo tocante á la facultad de conceder dispensas, hay una gran diferencia entre el príncipe secular y las autoridades eclesiásticas.

El principe secular dotado de la soberania y del derecho de hacer por si solo leyes para sus estados, tiene asimismo el derecho de corregirlas y derogarlas, como bien le parezca; y de la propia suerte que puede abolir una ley respeto de todos sus súbditos, puede derogarla solamente en cuanto á uno solo de ellos, dispensándolo de su cumplimiento, sin necesidad de otra razon que la que expresa la usada fórmula de *tal es nuestra voluntad.*

No sucede otro tanto respeto de los superiores eclesiásticos: ellos no ejercen en la iglesia una soberania, sino solo un ministerio de que son responsables á la misma iglesia. Todos ellos, sin exceptuar al mismo papa, están sujetos á sus reglas, ni pueden derogarlas ni en lo mas mínimo alterarlas, debiendo ser los primeros en dar á los fieles el ejemplo de acatamiento á tales reglas. No pueden, pues, permitir que á ellas se falte, otorgando para ello dispensa, á no ser que medie un motivo justo. Empero puesto que las reglas de la iglesia hechas por los hombres están sujetas, como toda legislacion humana, á algunas excepciones, ya que al hacerlas no pudieron preverse todos los casos en que deberian sufrir excepcion; la iglesia ha concedido á sus ministros la facultad de juzgar acerca de los casos de esta naturaleza que pudieren presentarse, y otorgar la dispensa de la regla, siempre que en su concepto el caso sea tal que de haberlo tenido presente al tiempo de establecer la regla, se habria puesto como caso de excepcion.

Solo con tales requisitos pueden los superiores eclesiásticos otorgar dispensas, las que de otra suerte fueren concedidas, son abusos de autoridad, y por mas que en el fuero externo sean válidas, porque la presuncion está siempre á favor del superior, presuponiendo que tuvo un justo motivo para concederlas; no obs-

tante las partes que las hubiesen conseguido, no pueden en conciencia valerse de ellas sin hacerse culpables ante Dios de la infraccion de la regla. Esta es la doctrina de Van-Espen, *disp. matrim. cap.* 8, *n.* 3, de conformidad con Belarmino, *epist. ad nepot. contr.* 5, quien en este punto no puede mirarse como autor sospechoso.

§. II.

Aplicacion del principio á las dispensas de los impedimentos del matrimonio.

277. Limitado el poder de la autoridad eclesiástica á conceder la dispensa en los solos casos que á ser previstos por el legislador es probable que los habria puesto como casos de excepcion, el concilio de Trento hizo muy bien en establecer que las dispensas de los impedimentos del matrimonio deben ser muy raras, por cuanto es sumamente dificil que las personas que las solicitan, se hallen en alguno de estos casos.

Asi en los doce ó trece primeros siglos de la iglesia vemos á penas un ejemplar de concesion de dispensa para celebrar un matrimonio entre parientes que lo fuesen en grado prohibido.

En el siglo VIII habiendose gloriado un frances de haber conseguido del papa Gregorio III dispensa para casarse con una muger viuda de su tio y que habia tomado el hábito religioso, Zacarias sucesor de aquel pontífice, al contestar á Bonifacio quien le habia informado de este lance, trata de impostura la pretendida licencia: *Absit*, dice, *ut prædecesor noster hoc ita credatur præcepisse; nec enim ab hac Apostolica Sede illa diriguntur, quæ contraria Patrum sive canonum institutis reperiuntur.* ¿Que dispensa hubo mas legítima y mas solemne que la que obtuvo el rey Roberto para casarse con su prima Berta, de los obispos de su reino reunidos con este objeto, despues de un detenido conocimiento de causa y por razones de estado y de bien público? Pues esto no obstante el papa Silvestre II excomulgó á las partes y á los obispos que otorgaron la dispensa; y aun cuando esta no dejaba de ser muy legítima, y muy injusta la excomunion; el piadoso rey Roberto y su esposa Berta á fin de evitar el escándalo que su matrimonio causaba, consintieron en separarse.

278. Pretendese que una de las primeras dispensas concedidas por causa de parentesco fué la que Inocencio III otorgó á Oton IV emperador para casarse con la hija de Filipo su competidor, la cual era parienta suya en cuarto grado. El historiador que refiere este hecho, dice que tal dispensa fué otorgada por las repetidas instancias del clero y del pueblo para conseguir la pacificacion del imperio: Arnoul de Lubec, *in Chronico Sclavorum.* Otro historiador añade que para obtener esta dispensa los abates de Cister y de Cluny prometieron hacer reparar por medio de una gran cantidad de obras piadosas de sus monges el ataque que ella importaba contra la disciplina; *Otho de S. Blasio.*

279. El concilio de Trento quiso recordar el antiguo espíritu de la iglesia, ordenando que no se otorgarian dispensas para contraer matrimonio contra las reglas de la iglesia, ó que al menos solo se concederian muy raramente por motivos justos y gratuitamente; *Sess.* 14, *cap.* 5, *de reform. matrim.*

Sin embargo este decreto no ha sido observado con mucha exactitud. La curia romana concede dispensas de los impedimentos de parentesco y afinidad por causas muy leves. Para excusar esta facilidad podria decirse que como los impedimentos de esta clase en grados ulteriores al de primos hermanos se habia creido anteriormente bajo la fé de las falsas decretales, que habian sido tales en todos tiempos y lugares, habiéndose desvanecido despues esta creencia por haberse descubierto lo ficticio de muchas de las disposiciones en dichas decretales continuadas, se creyó que interin arregla la iglesia este punto en un concilio general, debia aflojarse un tanto el rigor en la antigua disciplina fundada mas principalmente en ellas, mas que mas teniendo en cuenta que habian sido muy fútiles las razones en que se apoyan algunos de los referidos impedimentos.

§. III.

Distincion respeto de la concesion de dispensas entre los matrimonios que no se han contraido, y los que lo fueron ya.

280. Las autoridades eclesiásticas deben hacer una gran diferencia entre las dispensas que se les piden para contraer un matri-

monio contrario á las reglas de la iglesia, y las que se les piden para validar uno que hubiese sido ya celebrado contra dichas reglas. En el primer caso pueden oponer mayor resistencia, porque la dispensa es en tal caso una autorizacion para infringir las reglas. Deben empero ser mas condescendientes en el segundo; puesto que entonces no puede decirse que permitan, ni aprueben, ni autoricen la infraccion de la regla; sino solo que toleran la infraccion ya consumada para evitar el mayor mal que resultaria del escándalo, y los inconvenientes que llevaria consigo una disolucion del matrimonio. Fundados en esta distincion, vimos antes, *n.* 274, que no se concedia dispensa á una muger para que se casase con su adultero ó con el asesino de su marido, en el caso en que las reglas de la iglesia prohiben tal matrimonio, pero que cuando las partes han pasado ya á celebrarlo, se concedia dicha dispensa para validarlo.

281. Todavia hay que hacer una distincion importante en el caso en que algunas personas hubiesen celebrado un matrimonio contrario á las reglas de la disciplina eclesiástica, á saber, si esto lo hicieron ignorando la infraccion que cometian, ó con conocimiento de ella. En el primer caso se debe otorgar facilmente la dispensa, mas no en el segundo, pues son indignos de esta gracia los infractores voluntarios de las reglas establecidas por la iglesia, tanto mas cuanto que si tan facil fuese esa dispensa, podria esto inducir á otros á que faltasen á la ley. Asi lo decide el concilio de Trento, *sess.* 14, *cap.* 5, *de refor. matrim.*

Son sobre todo acreedores á la gracia las personas que luego de tener conocimiento del impedimento que se oponia á su enlace, se abstuvieron de toda relacion carnal. Esta circunstancia debe espresarse en el recurso que hagan dirigido á obtener la dispensa.

282. La primera parte del decreto dado por el concilio tridentino antes citado, en que parece prohibirse de conformidad con la antigua disciplina la otorgacion de dispensa al que á sabiendas contrajo un matrimonio dentro los grados prohibidos, *spe dispensationis consequendæ careat*, no es observada con todo rigor, puesto que la curia romana concede tales dispensas, solo que para no ser consideradas como obrepticias, se exige que los interesados al pedirlas expongan que tenian conocimiento del impedimento al casarse, y que consumaron el matrimonio con tal conocimiento,

y si lo hicieron con la idea de obtener mas facilmente la dispensa.

ARTICULO IV.

DE LAS PRINCIPALES CAUSAS QUE SE ACOSTUMBRAN EXPONER PARA CONSEGUIR LAS DISPENSAS DE LOS IMPEDIMENTOS DE CONSANGUINIDAD Y AFINIDAD; Y DE LAS DISPENSAS OTORGADAS SIN CAUSA.

---

283. Las principales causas que se acostumbran alegar ante la curia romana para impetrar la dispensa de los impedimentos resultantes de consanguinidad y afinidad, son, 1.ª la que se denomina *ob angustiam loci*, es decir, cuando una joven hace presente que si se la obligaba á casarse fuera de su parentela, no le fuera facil hallar en el lugar de su domicilio un partido proporcionado á su estado y circunstancias.

284. La segunda causa es la que se llama *indotata.* La tercera se llama *ob incompetentiam dotis*. Estas causas se reducen á que una joven por no tener absolutamente dote, ó por ser insuficiente el que tiene, para sostener las cargas de un matrimonio proporcionado á su estado, corre peligro de no encontrar marido, si no se le permite casarse con cierto pariente que se aviene en tomarla por esposa sin dote ó con dote módico.

285. La cuarta que se llama *vidua filiis gravata*, es cuando una viuda expone que se halla cargada de hijos y con un comercio ademas muy complicado que debe sostener, si quiere alimentarlos y darles educacion, lo cual no podria hacer á no unirse con tal pariente que conoce á fondo este comercio, y del cual por consiguiente tiene ella necesidad para poder continuarlo. Cuando se concede dispensa por esta causa, se acostumbra poner esta clausula, *postquam dictus orator caverit se dictis filiis alimenta præstiturum.*

286. La quinta causa es la llamada *pro oratrice excedenti vigesimum quartum annum*, en cuya virtud una joven expone que habiendo pasado de tal edad, (que siempre deberá ser de mas de veinte y cuatro años) sin haber podido encontrar con quien casarse, correria peligro de no poder hacerlo, á no permitírsele el casarse con fulano su pariente que la pretende.

287. La sexta es aquella en virtud de la cual una joven hace presente que en su pais hay muchos hereges ocultos, y que de no permitírsele casár con un primo cuya fé ortodoxa le es muy conocida, se hallaria expuesta á casarse con un herege oculto que la pervirtiese.

Fuera asimismo una causa justa para obtener dispensa, si las partes interesadas hiciesen presente que en el lugar de su domicilio hay tanta corrupcion de costumbres, y es tan corto el número de los que llevan una vida cristiana, que si no obstante el ser parientes no se les permitia casarse, habia de serles dificil hallar otras personas de su estado con que poder hacerlo de suerte que su arreglada conducta y la buena educacion de sus hijos no corriesen gran riesgo.

288. La séptima causa es cuando las partes exponen que la violencia de su pasion, y de ninguna manera el designio de obtener mas facilmente la dispensa, les ha arrastrado á vivir juntos, y que solo el matrimonio puede reparar el honor de la joven y prevenir el escándalo. Si las partes no hubiesen vivido juntos, se expresa únicamente que se profesan un amor impetuoso y violento, y que las frecuentes ocasiones que tienen de hallarse juntas, les expone á un iuminente riesgo de sucumbir á la fuerza de la tentacion, á no permitírseles que se casen.

289. Hay ademas muchas otras causas de dispensa, tales como la de terminar pleitos ruidosos, de conservar los bienes de una familia ilustre, etc.

290. A veces se concede la dispensa sin que la parte que la solicita, haya expuesto causa alguna. Los canonistas para justificar tales dispensas dicen que el buen uso que se hace de las cantidades que para obtenerlas se dan, es una causa para otorgarlas.

Esto no se halla muy conforme con el concilio tridentino que previene que las dispensas solo deben concederse por alguna causa justa y gratuitamante, *raro id que ex causa et gratis*. Bien es verdad que los que solicitan una dispensa sin causa, no dicen que no la haya absolutamente, sino que se expresa en términos vagos que piden la dispensa, *ex certis rationalibus causis eorum animos moventibus*. Asi pues la dispensa procede bajo el supuesto que existiria algun motivo razonable. Si no existiese, ¿fuera en conciencia válida la dispensa otorgada bajo esa falsa suposicion? Verificado ya el matrimonio en virtud de una dispensa asi concedida, la im-

posibilidad en que las partes se hallan de romperlo, forma un motivo justo y suficiente de la dispensa aun en el fuero interno. Asi que las partes solo estarán obligadas á expiar por medio de obras satisfactorias la falta que cometieron.

ARTICULO V.

DE LA FORMA DE LAS DISPENSAS, Y DE LO QUE HA DE CONTENER LA SUPLICA DIRIGIDA A OBTENERLAS.

---

§. I.

De la forma de las dispensas.

291. Las dispensas de los impedimentos del matrimonio que se obtienen de la curia romana para poderlo celebrar, se despachan en la dataria, *in forma commissoria*. Llámase asi esta forma, porque en vista de la solicitud de las partes presentada al papa, se les expide por la dataria un decreto en virtud del cual S. S. comete y delega al vicario general de la diócesis de los suplicantes la facultad de otorgar la dispensa solicitada, *si preces veritate nitantur*, es decir, si despues de haberse informado halla verdaderos los hechos propuestos por las partes: al efecto se transcribe toda la súplica en las letras.

De ahí se sigue que estas letras ó despachos no son propiamente la dispensa, sino solo un poder ó autorizacion que el papa confiere al vicario general á quien los despachos van dirigidos, para otorgarla.

Si hubiese muchos vicarios, los despachos se reputan dirigidos al diocesano del territorio de las partes. Si estas son de distintas diocesis, por lo comun van dirigidos los despachos al vicario de la diócesis de la muger.

292. Este vicario general se entiende delegado en su calidad de tal; asi es que en caso de muerte ó destitucion, el poder pasa de pleno derecho á su sucesor, y aun al vicario del capítulo, *sede vacaute*.

Por la misma razon el poder que el breve otorga, subsiste aun cuando hubiese sobrevenido la muerte del papa que lo confirió, antes de haber decretado el delegado la dispensa; porque el papa

confiere este poder no en nombre propio, sino como papa. Asi lo decide Bonifacio VIII, *cap. Si super, de offic. et potest. jud. deleg. in sexto.*

293. Cuando ninguna de las partes puede pagar la cantidad que por las letras de dispensas señala la tarifa de la dataria, en virtud de su pobreza que alegan justificandola con un certificado del cura-párroco del lugar de su domicilio, se ponen los despachos, *in forma pauperum*, con estas palabras, *qui pauperes et miserabiles existunt, et ex labore et industria sua tantum vivunt*, lo cual les libra del pago de los derechos de la dataria.

294. Fáltanos observar que cuando las partes tienen muchos impedimentos dirimentes, la dispensa de todos ellos ha de ir en unas mismas letras. Asi si los suplicantes fuesen primos en cuarto grado y ademas uno de ellos fuese padrino de bautismo del otro; la dispensa de la consanguinidad y la del parentesco espiritual deberian ser otorgadas en unos mismos despachos. Si las dispensas de estos distintos impedimentos fuesen otorgadas en dos diferentes despachos, se considerarian nulas, como efecto de una obrepcion cometida para sorprender al papa, quien tal vez no las habria otorgado con tanta facilidad á haber sabido el concurso de los dos impedimentos.

295. Por lo que mira á las dispensas que se obtienen de algun impedimento secreto, á fin de validar en el fuero de la conciencia un matrimonio celebrado ya, se expiden por medio de un breve de la penitenciaria, dirigido al sacerdote aprobado que las partes hayan elegido por su confesor.

Tales dispensas solo tienen efecto en el fuero interno, y en el externo no pueden validar el matrimonio, siempre que el impedimento secreto llegase á descubrirse. No debe quedar de ellas el menor vestigio, como que el confesor á quien fueron dirigidas, debe rasgarlas despues de haber hecho de ellas el uso conveniente.

§. II.

De lo que debe contener la súplica.

296. La súplica que se presenta á la dataria para obtener la dispensa de algun impedimento del matrimonio, debe contener el nombre de las personas que la piden. Si una sola de las partes la

necesitase, por ser ella sola á quien afecta el impedimento, bastará que el recurso vaya en su nombre. Pero siendo comun á las dos partes el impedimento, como sucede con los de consanguinidad y afinidad, las dos deberán ser incluidas en la súplica, porque las dos necesitan la dispensa, y malamente podria contraerse el matrimonio, si solo uno de los contraentes fuese dispensado.

297. Por lo demas se otorga válidamente la dispsnsa á las partes que la necesitan, por mas que no hubiesen dado órden para solicitarla. Asi si para casarme con una jóven tuviese un impedimento proveniente de relaciones ilícitas que hubiese tenido con su madre, y que ella ignorase, podria sin su consentimiento solicitar y obtener en nombre mio y de ella la dispensa necesaria.

298. La solicitud debe expresar la clase de impedimento y la causa porque se pide su dispensa. Si el impedimento fuese diferente del expresado, las dispensas fueran nulas.

¿Tendria esto lugar si el impedimento expresado fuese de mas gravedad que el que realmente media entre las partes, como si se dijese que las partes eran consanguineas en tal grado, cuando solo son afines en el mismo grado? Podria parecer que concedida la dispensa por un impedimento mas grave, *á fortiori* debia entenderse otorgada por otro que no lo es tanto. No obstante Corrado en su *Práctica de dispensas*, cuya opinion refiere Van-Espen, decide que tal dispensa fuera nula. Las partes en este caso obtienen una dispensa de la consanguinidad, de que ninguna necesidad tenian, porque no era de esta naturaleza el impedimento que á su matrimonio se oponia, pero no obtienen la dispensa de la afinidad que era el impedimento real que debia dispensarseles. Se dirá que el papa que dispensó un impedimento mas grave, habria accedido á dispensar otro que lo era menos; pero no basta decir que habria accedido, pues esto mismo prueba que no accedió en realidad, que es lo que cabalmente era preciso.

299. No basta decir en la peticion que se pide dispensa por un impedimento de cognacion ó afinidad, sino que es ademas preciso expresar el grado de parentesco que media entre las partes; ya que es mayor ó menor la facilidad en conceder la dispensa, segun sea mas próximo ó mas remoto el grado de parentesco.

Mediando desigualdad de grados, como cuando el parentesco es entre el segundo y el tercero, cual es el que media entre la hija de mi primo hermano y yo; bastará á tenor de la bula de Pio

V expresar el grado mas remoto, segun aquella regla de los canonistas: *In linea recta inœquali quoto gradu remotior persona distat á communi stipite, tot gradibus cognati distant inter se.*

Pio V exceptua el caso en que se pidiese dispensa para el matrimonio de un tio con su sobrina carnal ó con su sobrina segunda, es decir, en tercer grado, pues entonces exige que se diga en la peticion no que son parientes en segundo ó tercer grado, sino que son *tio y sobrina*, ya que este parentesco es infinitamente mas respetable que el de primos hermanos. Si la dispensa hubiese sido concedida á consecuencia de una súplica en que no se hubiese llenado este requisito, el vicario general de la diócesis en que el matrimonio debe celebrarse, habrá de suspender el curso de la dispensa; mas si no lo hiciese, y el tio y la sobrina se casasen, no podria atacarse el matrimonio por aquel defecto. Asi se resolvió en una instancia que sobre un caso igual se promovió en uno de nuestros tribunales por medio de un recurso de fuerza.

300. Si entre las partes median dos parentescos diferentes, no basta expresar en la súplica uno de ellos, sino que es preciso expresar los dos, porque cada uno de por sí forma impedimento, y de uno y otro debe obtenerse dispensa. El autor de las conferencias de Paris refiere un caso en que se declaró abusiva la dispensa otorgada á dos primos hermanos, porque al solicitarla no habian dicho serlo por parte de sus padres y de sus madres. No creo que el tribunal hubiese usado de igual rigor, si se hubiese tratado de un parentesco mas remoto.

Este principio de que cuando hay dos impedimentos deben exponerse los dos, sufre una excepcion en el caso en que el que se expuso presupone y absorve al otro.

Ejemplo: Contraje esponsales con una muger: este hecho induce un impedimento de pública honestidad para el matrimonio que pretendiese celebrar con una hermana de aquella muger. Mas adelante contraje matrimonio con esa misma muger, y lo consumé: desde entonces las hermanas de mi muger son afines mias en primer grado. Si muerta mi muger, quiero casarme con una de ellas, á pesar de mediar entre nosotros dos impedimentos, el de pública honestidad y el de afinidad, bastará que al solicitar la dispensa expongamos el de afinidad, sin mentar el otro, porque aquel supone, contiene y absorve á este *eminenter*.

301. Finalmente cuando piden dispensa de parentesco personas

que han tenido ya comercio carnal, han de expresar en la súplica esta circunstancia, como tambien si al tener tal comercio ignoraban el impedimento que entre ellas mediaba, ó si lo hicieron con el fin de obtener con mas facilidad la dispensa. Asi lo prescribe Pio V en su bula, importando la omision de cualquier de estas circunstancias la obrepcion y nulidad de la dispensa.

Pirro Corrado en su *Tratado de las dispensas* añade que si el comercio carnal hubiese mediado despues de la expedicion de las letras en la curia romana, antes empero de haber fulminado las dispensas el vicario general, tal comercio las haria nulas é impediria que pudiesen ser válidamente decretadas ó fulminadas; porque en las letras en cuya virtud concede el papa facultad de dispensar al vicario general, se expresa formalmente que tal facultad es bajo condicion de que lo expuesto en la súplica sea verdadero al tiempo de la fulminacion: *Si ita est, dispensa.* Ahora bien como en la súplica se suponia que las partes se portaron con prudencia, sin hacer mencion de haber mediado comercio carnal, lo cual aun cuando fuese cierto al tiempo de hacer la súplica, no lo es al fulminarse las dispensas, que es cuando realmente y en todo rigor se otorgan, resulta que no pueden ellas tener lugar por faltar la condicion bajo la cual se habia concedido al vicario general la facultad de otorgarlas.

En todos estos casos es preciso acudir nuevamente á la curia romana á fin de obtener por medio de una nueva exposicion verídica otras letras que revaliden la dispensa concedida, y se llaman letras de *perinde valere*.

Decombes en su *tratado de los vicariatos generales*, dice que, segun la práctica corriente en Francia, basta en tales casos dirigirse al obispo, quien en vista de la nueva solicitud permite á las partes valerse de la dispensa á pesar de tales omisiones, mas que mas si el tiempo que fuera necesario para acudir otra vez á Roma, pudiese causar algun escándalo ó inconveniente.

El comercio carnal habido despues de la fulminacion de las dispensas, aun cuando no deja de ser un grave pecado, no las ataca ni perjudica, y por consiguiente no obliga á pedir su confirmacion.

§. III.

De la fulminacion de las dispensas.

302. La fulminacion de las dispensas es una sentencia en virtud de la cual el vicario general á quien ellas fueron dirigidas, despues de haber tomado una informacion de la verdad de los hechos expuestos en la súplica, ordena que los solicitantes disfruten del efecto de las mismas, y en consecuencia les autoriza para casarse.

En rigor la fulminacion contiene la concesion de la dispensa. Las letras de la curia romana solo contienen una comision y poderes conferidos por el papa al vicario general á quien van dirigidas, para que pueda otorgar la dispensa, asi que se halle jurídicamente seguro de la verdad de los hechos relatados en la súplica, segun vimos en el artículo anterior. Luego pues con la sentencia de fulminacion otorga en realidad la dispensa el vicario general, no por autoridad propia, sino por la del papa que le fué delegada con las letras de dispensa.

303. Para conseguir esta sentencia las partes presentan las letras al vicario general á quien van dirigidas, con un escrito en que piden se proceda á la fulminacion. El vicario general provee que admite la comision, y manda que pase el expediente al promotor. A tenor del dictamen fiscal, sugeta á un interrogatorio á las partes acerca de los hechos relatados en la súplica, y recibe sobre ellos testigos, que pueden ser los mismos parientes de las partes. Por fin pasado todo al promotor, y oido su dictámen, fulmina las dispensas, ó declara no haber lugar á ellas.

304. Si el vicario general en virtud de la informacion recibida conoce que el hecho contenido en la súplica es falso, como que en tal caso la dispensa obtenida es obrepticia y nula, no debe fulminarla, sino declararla improcedente. Preciso es no obstante distinguir si la falsedad descubierta recae sobre algo que sea esencial, ó bien solo indiferente. Recaerá sobre algo escencial, si es sobre el impedimento, como si se hubiese dicho que los suplicantes eran parientes en cuarto grado, cuando lo son en tercero, ó sobre la causa en que la súplica se funda, como si se hubiese asegurado que las partes habian tenido comercio carnal, siendo falso, si se hubiese dicho que una joven habia cumplido sus veinte y

cuatro años sin hallar con quien casarse, siendo asi que solo tenia veinte y tres. En todos estos casos la dispensa seria obrepticia y nula, y el vicario general deberia guardarse de fulminarla.

Respeto de esto, nada importa que la falsedad en la súplica se haya cometido con participacion de las partes ó sin su noticia. Tampoco importa nada que lo expuesto en la súplica fuese ya falso al tiempo de impetrar las letras en la curia romana, ó que solo haya sobrevenido la falsedad por un acaecimiento posterior, anterior no obstante á la fulminacion de la dispensa, como si se hubiese dicho que una joven se hallaba indotada, y esto que era cierto al tiempo de exponerlo, hubiese resultado falso despues á causa de haberle sobrevenido á esa jóven una pingüe herencia. La autoridad diocesana que solo tiene la comision para declarar la dispensa, *si ita est;* no debe fulminarla. Mas si la herencia no hubiese sobrevenido hasta despues de la fulminacion de la dispensa, semejante suceso no perjudicaria la dispensa legítimamente obtenida; y *á fortiori*, si la tal herencia sobreviniese despues del matrimonio.

Por el contrario si los hechos alegados eran falsos al tiempo de la impetracion de las letras, como si la joven de quien se dijo hallarse indotada, tenia á la sazon un dote bien regular; por mas que por un suceso posterior resultase exacto lo alegado, por haber perdido esa joven todos sus bienes, la dispensa obtenida con una falsa relacion, no deja nunca de ser obrepticia y nula, y no debe ser fulminada.

Si la falsedad que se halla en la súplica recae solo sobre una cosa indiferente, no deberá impedir que el vicario general fulmine la dispensa; como si se hubiese dicho que una joven habia cumplido sus treinta y cinco años sin hallar marido, y solo tuviese treinta y cuatro; porque en edad tan avanzada, lo mismo da para la otorgacion de la dispensa, que la solicitante tenga treinta y cinco, que treinta y cuatro, siendo indiferente para el caso un año mas ó menos.

Si en la súplica se hubiese escapado algun error sobre el nombre de una de las partes, como ella sea en otra manera suficientemente designada, tal error no debe ser obstáculo para la fulminacion de la dispensa.

Cuando la súplica nada contiene que no sea verdadero, la dispensa no será obrepticia; pero si no contiene todo lo que debiera

contener (*Vide supra* , *n*. 296 *y siguientes*), será entonces subrepticia , y tampoco deberá ser fulminada.

305. En caso de no poder fulminarse la dispensa á causa de ser obrepticia ó subrepticia , en otro tiempo era preciso acudir de nuevo á Roma para impetrar otra. Mas el autor de las conferencias de Paris nos enseña que al presente el uso constante es de acudir al obispo quien dispensa lo que falte á la del papa, permitiendo por consiguiente á su vicario general á quien va dirigida, que la fulmine.

La razon que de esto dá , es que un breve de dispensa dirigido al vicario general de la diocesis de las partes , no debe ser considerado como un breve puramente atributivo , á la manera de un breve dirigido á un obispo sobre un negocio de personas que no fuesen de su diocesis. En el cumplimiento de esos breves puramente atributivos el delegado debe encerrarse en los límites del mandato , no debe por ningun estilo *egredi fines mandati*. Pero el breve de dispensa es mas bien que atributivo , excitativo , es decir, que el papa al enviar al vicario del ordinario la facultad de otorgar la dispensa, excita , resuscita y devuelve en cierto modo al ordinario para el caso dado, el poder que ese obispo en calidad de obispo y de ordinario tenia ya para conceder dispensas á sus diocesanos , y que en fuerza de la prescripcion habia dejado perder. Restablecido pues el obispo para el caso dado en su poder, podrá entonces dispensar y suplir lo que faltare á la dispensa del papa.

APENDICE

DEL DERECHO ESPAÑOL

SOBRE DISPENSAS.

En España hay en cada obispado un expedicionero , quien cuida de recoger todas las solicitudes dirigidas á impetrar la dispensa de alguno de los impedimentos dirimentes del matrimonio. Este funcionario formaliza una lista de todas las preces, en la que solo constan los nombres de los solicitantes , el impedimento de que piden dispensa , la causa en que fundan su súplica , y la forma en que la piden , es decir, como pobres porque ninguno de los dos contraentes tenga con que sufragar los gastos , ó como ricos porque tengan facultades. Esta lista visada y rubricada por el obispo, se manda al ministerio de Estado, antes al mismo ministro , ahora al pagador de aquel ministerio : de alli se manda al embajador ó encargado de negocios en Roma, y por medio del Expedicionero Real en aquella corte que cuida especialmente de este negociado , se piden y obtienen las dispensas. Aun cuando estas van dirigidas á los respectivos ordinarios, vuelven sin embargo nuevamente al ministerio de Estado , de donde son despachadas á cada obispado sin pase regio , si van al vicario general y con él si van á un obispado que se halle en sede vacante. La razon de esta diferencia consiste en que los vicarios generales ademas del nombramiento eclesiástico tienen la aprobacion y sancion del monarca que la da y considera al vicario general como á juez que ejerce la jurisdiccion real en vista de los títulos y documentos que han de serle presentados en justificacion de que el agraciado por la autoridad eclesiástica reune los

estudios y grados necesarios para ser juez ordinario: lo cual no sucede con el vicario capitular. Asi es que el breve del papa dirigido á una autoridad eclesiástica que la civil considera como juez real, no necesita el pase regio, cuando lo necesita el que va dirigido á una autoridad meramente eclesiástica y en cuyo nombramiento ninguna intervencion tuvo el poder civil.

Las dispensas reservadas las pide el párroco ó confesor directamente al papa: como sirven únicamente para resolver un caso de conciencia, ni por otra parte pueden producir por sí efecto alguno en el fuero externo, fuera del todo superflua la intervencion de la autoridad civil.

Es digno de notarse que en España hay la costumbre de que cuando uno de los contraentes se halla en el cuarto grado de parentesco y otro en el quinto, se pide al obispo, no la dispensacion del impedimento que no existe, sino la declaracion de que no hay ninguno. De aqui procede la vulgar y equivocada opinion de que los obispos españoles dispensan de algunos impedimentos.

En cuanto á la cuestion que ventila Pothier sobre si les caben á los obispos facultades para corregir los defectos de que adolezcan algunas dispensas, y que hagan que se las considere como obrepticias ó subrepticias, sin entrar en las investigaciones que acerca del derecho hace el autor, y limitándonos á la cuestion de hecho, diremos que en España los obispos en casos urgentes corrigen y suplen tales defectos en virtud de facultades que el papa acostumbra concederles para gracias ó indultos especiales que casi siempre acompañan á los mismos nombramientos, ó les son mandados despues. De todos modos es preciso no perder de vista que se trata de los defectos emanados de omisiones ó suposiciones de hechos que modifican las circunstancias de los contraentes, sin afectar al impedimento ni ocultar alguno. Las dispensas obrepticias ó subrepticias deben considerarse como viciosas, pero no como nulas. Asi se dice que los obispos las suplen y corrigen, y no que las validan.

PARTE CUARTA.

DE LAS FORMALIDADES DEL CONTRATO DE MATRIMONIO Y DEL TESTIMONIO QUE DE ÉL DEBE LEVANTARSE.

No entendemos aqui por *contrato de matrimonio* la escritura que contiene los pactos ó capitulaciones matrimoniales, sino el matrimonio mismo, es decir, el acto solemne por el cual dos convienen en tomarse recíprocamente por marido y muger.

Entre las formalidades que se requieren para este contrato, las hay tales, que sin ellas el matrimonio no puede contraerse válidamente, y su falta lo haria nulo: de estas trataremos en el capítulo primero. Otros requisitos hay cuya inobservancia no hace nulo el matrimonio, y de estos trataremos en el capítulo segundo. En el tercero hablaremos del testimonio que debe levantarse para fundar la prueba del matrimonio.

CAPITULO I.

DE LAS FORMALIDADES QUE SE REQUIEREN PARA QUE EL MATRIMONIO PUEDA CELEBRARSE VÁLIDAMENTE Y CUYA INOBSERVANCIA LO HACE NULO.

306. Estas cosas son, 1.° el consentimiento de las partes; 2.° en algunos casos el de ciertas personas, consentimiento que indispensablemente debe acceder al de los contraentes, 3.° la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia, y la competencia del sacerdote que lo celebra.

SECCION I.

DEL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAENTES.

307. Es el matrimonio un contrato que, como los demas, solo puede celebrarse por consentimiento de las partes. Asi pues las cosas contrarias á ese consentimiento y que lo destruyen, forman impedimentos dirimentes que hacen que el matrimonio no pueda entenderse válidamente celebrado.

Tales son el error, la violencia y la seduccion, de que vamos á hablar separadamente.

ARTICULO I.

DEL ERROR.

§. I.

Del error en la persona.

308. Es evidente que el error de uno de los contraentes que recae sobre la persona misma con quien se propone casarse, destruye su consentimiento.

Ejemplo: Si con el propósito de contratar con Maria y de casarme con ella, doy mi palabara de matrimonio á Juana que se hace tomar por Maria; es evidente que no hay consentimiento, y que el matrimonio que he contraido con Juana que yo creia ser Maria, es nulo por esta razon; porque en esta especie no se halla el concurso de las dos voluntades en una misma cosa, *duorum in idem placitum consensus*, ya que si Juana quiso casarse conmigo, yo no quise casarme con Juana. Mi voluntad no ha coincidido con la suya *in idem placitum*, y al decir que la tomaba por esposa, no era á ella á quien se lo decia, sino á Maria con quien pensaba hablar, y queria casarme.

¿*Quid juris*, si se probase que al casarme con Juana en la inteligencia de ser Maria, tenia mi voluntad dispuesta á casarme con

Juana, á haber sabido ser ella la que se me queria dar por esposa? Aun entonces fuera nulo el matrimonio por falta de consentimiento; porque para formarlo no basta decir que habria querido, sino que era preciso querer efectivamente. Ahora bien no puede decirse que quisiese en efecto casarme con Juana, puesto que creia casarme con Maria.

309. Empero si despues de haber reconocido el error, consiento en tomar por esposa á Juana que al principio habia creido ser Maria; este consentimiento rehabilita mi matrimonio con aquella muger, el cual antes de ese consentimiento era nulo. De esta suerte fué rehabilitado el matrimonio de Jacob con Lia, cuando despues de haber reconocido que la muger que se le habia dado por esposa no era Raquel con quien él se proponia casarse, sino Lia, consintió en tomar á esta.

Si me hubiese casado en faz de la iglesia con Juana tomándola por Maria, aun cuando no hubiese reconocido mi error, ni rehabilitado el matrimonio hasta despues de la bendicion nupcial, no obstante siendo secreto el error, basta para la publicidad y validez del matrimonio la bendicion que precedió á mi consentimiento, aun cuando el matrimonio en rigor no fué contraido hasta despues en el acto de dar dicho consentimiento. En tal caso no es preciso que medie otra nueva bendicion.

§. II.

Del error acerca de la calidad de la persona.

310. Cuando el error recae solo sobre alguna calidad de la persona, no destruye el consentimiento necesario para la celebracion del matrimonio, ni impide su validez.

Ejemplo: Si me hubiese casado con Maria creyéndola noble, aun cuando en realidad fuese de la mas baja condicion, ó creyéndola virtuosa fuese prostituta, ó creyéndola de buena reputacion estuviese infamada por una sentencia judicial; el matrimonio no dejará de ser válido, á pesar de este error.

En vano se dirá que yo no habria querido casarme con ella á haber sabido lo que acerca de sus circunstancias ignoraba; porque para la validez del matrimonio contraido no es necesario que yo hubiese querido teniendo conocimiento de lo que despues des-

cubrí, basta que realmente haya querido, y ese error acerca de las circunstancias no impide esa voluntad, ni destruye el consentimiento que efectivamente fué dado. Todo lo mas que hay es un arrepentimiento, pero la naturaleza de este contrato que lo hace indisoluble, no admite retractacion ni rescision. Asi es que aun cuando yo hubiese sido inducido en error por dolo de la propia Maria, no podria pedir la rescision del contrato por causa de dolo.

Se ve pues que el error acerca de la calidad de la persona es muy diferente del error en la persona misma. Este último es incompatible con una cosa que es de la esencia del contrato, pues de la esencia del contrato es que haya un hombre y una muger que se quieran tomar el uno al otro por esposos, lo cual no tiene lugar cuando la muger que parece tomo por esposa, no es la misma con quien yo quiero casarme. Mas no es asimismo de la esencia del matrimonio que la muger que tomo por esposa tenga estas ó aquellas calidades que yo creo que tiene: basta que sea la muger que creo es.

311. Este principio sobre que el error acerca de la calidad de la persona no es un obstáculo para la validéz del matrimonio, recibió una excepcion respeto de los esclavos. Justiniano en su novela 22 cap. 10, decide que el matrimonio que contrajese con una esclava creyéndola libre, es nulo de pleno derecho. Los cánones deciden lo mismo, á menos que despues de constarme la condicion de la que habia tomado por muger creyéndola libre, consintiese en retenerla como tal. Lo mismo sucederia, si una muger se hubiese casado con un hombre que creyó libre, siendo esclavo; *can. Si quis*, 4, *caus*. 29, *quæst*. 2. El concilio de Compiegne celebrado en 757 establece lo mismo en su canon 5. Igual es la decision de Inocencio III en su decretal que se halla en el *cap. ult. ext. de conj. serv.*, respeto de un soldado que tomó por muger una esclava que creia libre, pues dice que si despues de saber la condicion de esta muger *ni de hecho ni de palabra* consiente en tomarla por esposa, debe permitírsele dejarla y tomar otra. Este papa no dice lo que el canon *Si quis* antes citado, á saber, que el hombre debe comprar ó rescatar á su muger; y en efecto ese hombre ninguna obligacion puede haber contraido con una muger que le engañó: *Quod nullum est, nullum producit efectum*; asi es que lo que dice

el canon *Si quis* debe pasar como un consejo de caridad cristiana, no como un precepto.

Alejandro III y Urbano III suponen asimismo en sus decretales, *cap*. 2 y 3, *ext. d. t.*, que es nulo el matrimonio bajo tal error contraido.

312. Abolida la esclavitud, no pueden tener al presente aplicacion alguna estos cánones.

313. Alguna dificultad podria presentarse respeto del error que recayese sobre el estado civil de una persona, como si una muger se hubiese casado con un hombre que ella creyese gozar de todos los derechos civiles, y se hallase que era civilmente muerto por haber sido condenado á un destierro perpetuo del reino, ó á galeras, ó á presidio con retencion, de donde se hubiese escapado. Tal error tiene mucha semejanza con el que versa sobre la calidad de esclavo. El matrimonio que contraigo con una persona creyéndola en el pleno goce de su estado civil, es en mi intencion un matrimonio civil con todos sus efectos civiles; y no obstante semejante matrimonio no puede celebrarse con una persona civilmente muerta, como tampoco podria contraerse con un esclavo.

Sin embargo no hay ley ni canon que declare nulo el matrimonio con tal error contraido: por el contrario hay sentencias de tribunales que declararon válidos esos matrimonios.

314. Si el error que solo recae sobre las calidades de la persona no perjudica la validez del matrimonio, con mayoria de razon no lo perjudicará el error que recayese sobre el nombre, con tal que constase de cierto la persona. Aquella regla: *Nil facit error nominis, quum de persona constat*, puede aplicarse á todo género de asuntos.

ARTICULO II.

DE LA VIOLENCIA Y DE LA SEDUCCION.

---

315. Hay una especie de consentimiento en aquel que hace alguna cosa por fuerza, por grande que sea la que se emplea para compelerle á ello, puesto que se decide á hacerlo por un acto meditado de su voluntad. Prefiere hacer aquello á que se le fuerza, mas bien que exponerse al mal con que se le amenaza caso de

no hacerlo: luego quiere hacerlo, porque *qui mavult, vult*. Asi dicen los jurisconsultos: *Coacta voluntas, voluntas est; volui, quia coactus volui; l. 21, §. 5, quod met.*

Asi que en el que contrae un matrimonio por fuerza, hay una especie de voluntad de contraerlo, y presta su consentimiento á tal matrimonio. Mas tal consentimiento es imperfecto producto solo de la violencia, y que concurre por otra parte con una voluntad contraria de no contraerlo, si no se viese violentado el que lo da. Semejante consentimiento no basta para celebrar válidamente el matrimonio.

El consentimiento necesario para tal validez, ha de ser perfecto, libre y espontaneo, incompatible con toda violencia que se ejerciese para arrancarlo, segun aquella máxima de derecho: *Nihil tam contrarium consensui, quam vis et metus; l. 116; ff. de reg. jur.*

316. No basta sin embargo una violencia cualquiera para reputar destruido el consentimiento, y nulo el matrimonio que una persona pretendiese haber contraido por fuerza. Es preciso que la violencia sea de consideracion, capaz de impresionar á una persona que tiene alguna firmeza de ánimo: *Si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum; cap. 28, ext. de spons.* Es preciso que sea *vis atrox et adversus bonos mores; l. 3, §. 1, ff. quod met. caus.*

1.° Es necesario que sea *vis atrox*, es decir, la amenaza de un mal grande, *metus majoris calamitatis; l. 5, ff. eod.*, y que este mal amenazase en el mismo momento caso de no acceder á lo que se proponia: *Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus; l. 9, eod.* Si se hubiesen hecho á alguno amenazas vagas para hacerle consentir en el matrimonio que contrajo, no dejaria este de ser válido. De la propia suerte tampoco es nulo el matrimonio por que lo haya contraido una jóven contra su inclinacion y solo por temor de disgustar á su padre.

2.° Es necesario que la violencia sea *adversus bonos mores*, es decir, injusta. Asi es que si un hombre hubiese abusado de una jóven, y accediese despues á casarse con ella de miedo de que le metiesen en la carcel en virtud de un auto de prision dado á instancias de la violada, ese matrimonio seria válido, y serian inútiles las reclamaciones que despues presentase ese hombre sobre haber sido violentado para celebrarlo; porque el auto de prision ob-

tenido por la jóven, y del cual esta podia valerse, era un medio jurídico y legal, y no una violencia *adversus bonos mores*.

317. Teniendo la violencia esas dos calidades que acabamos de designar, nada importa quien la haya hecho, ni que haya intervenido ó no en ella la persona con quien se contrajo ese matrimonio violentado.

318. Nótese ademas que cuando la violencia reune esas dos circunstancias, el que se vió forzado á contraer el matrimonio, puede acudir contra ese contrato y pedir su nulidad, por largo que sea el tiempo transcurrido, y aunque tuviese ya hijos. Asi se declaró en una sentencia dada por nuestro tribunal supremo en 24 de abril de 1651, siendo asi que el que pedia la nulidad del matrimonio habia cohabitado con su cónyuge tres años, y tenia hijos de esta union.

319. La seduccion es tan contraria como la violencia al consentimiento perfecto que se requiere para el matrimonio. Un consentimiento arrancado por dolo y seduccion es tan imperfecto, como el arrancado por violencia.

320. Dijimos antes, *part. 3, cap. 3, art. 7* que la seduccion formaba un impedimento dirimente del matrimonio de la propia suerte que el rapto. Allá remitimos á nuestros lectores.

SECCION II.

DEL CONSENTIMIENTO DE CIERTAS PERSONAS QUE EN LOS MATRIMONIOS DEBE A VECES ACCEDER AL DE LOS CONTRAENTES.



ARTICULO I.

DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES, MADRES, TUTORES Y CURADORES.

En este particular es preciso distinguir el matrimonio de los menores del de los mayores de edad, el de los hijos legítimos del de los naturales ó bastardos.

§. I.

Del consentimiento de los padres, madres, tutores y curadores que debe intervenir en los matrimonios de los menores.

321. Todos convienen en que los hijos no deben contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, y que pecarian gravemente faltando para con ellos á ese deber. Todos convienen asimismo en que los menores que no tengan padre ni madre no deben contraer matrimonio sin el consentimiento de sus tutores ó curadores. Lo único que hay que investigar es si el matrimonio de una persona menor de edad, contraido de hecho sin el consentimiento de su padre y de su madre, de sus tutores ó curadores, es ó no nulo á causa de este defecto: he aqui la cuestion que vamos á examinar.

El concilio de Trento fulmina anatema contra los que dicen que el matrimonio de los hijos de familia celebrado sin el consentimiento de sus padres es nulo; *sess.* 24. Mas en sentir de Boileau en su *Traite des empechements de mariage*, *cap.* 9, *n.* 7, el concilio solo entiende condenar la opinion de algunos protestantes que pretendian que por derecho natural tenian los padres la facultad de declarar por sí mismos válidos ó nulos los matrimonios celebrados por sus hijos sin su consentimiento, sin necesidad de que hubiese una ley positiva que los declarase nulos; ya que dicho concilio no decidió ni pudo decidir que siempre que hubiese una ley civil que exigiese en los matrimonios de los hijos de familia el consentimiento paterno bajo pena de nulidad, tales matrimonios sin este consentimiento celebrados no dejarian por esto de ser válidos. La facultad que tiene el poder civil para establecer asi respeto del matrimonio como respeto de los demas contratos las leyes que mejor le parezcan, declarándolos nulos caso de no observarse sus disposiciones, es una facultad esencial á dicho poder que emana de Dios, y de que la iglesia no ha querido ni podido privarle nunca, segun largamente lo demostramos en la primera parte de este tratado.

322. Segun las leyes romanas los matrimonios de los hijos de familia no eran válidos, como no hubiese precedido á ellos el consentimiento de aquel que los tenia en su poder; *In tantum ut jussus parentis præcedere debeat*; *inst. de nupt. in princ.*; y en el §. 13 añade el emperador: *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Los grandes privilegios concedidos á los soldados no alcanzaban hasta dispensarles de esta regla: *Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*; *l.* 35, *ff. de rit. nupt.*

La iglesia nunca se levantó contra esas leyes, ni consideró nunca válidos los matrimonios contraidos contra sus disposiciones, antes al contrario los consideró como fornicaciones. Asi lo dice formalmente S. Basilio en su epístola canónica á Amfíloco, *can.* 24. Esta era la doctrina de la iglesia en los tiempos de Isidoro Mercator, como que en la decretal que él atribuyó falsamente al papa Evaristo, y que se halla en el decreto de Graciano, *can. Aliter*, *caus.* 30, *quæst.* 5, se llaman *adulteria*, *contubernia*, *stupra et fornicationes*, *matrimonia facta sine consensu parentum*.

En prueba de que el concilio de Trento al declarar válidos los matrimonios clandestinamente celebrados por los hijos de familia sin consentimiento de sus padres, solo se refiere al caso en que no hubiese ley alguna civil que los diese por nulos, saca Boileau un argumento de aquellas palabras del concilio: *Clandestina matrimonia..... rata et vera esse matrimonia*, *quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit.* Luego, dice Boileau, opinaba el concilio que la iglesia podia declarar nulos esos matrimonios haciendo de la falta de consentimiento paterno un impedimento dirimente. Los obispos franceses llegaron á proponer, segun refiere Fra Paolo, que se decretase esa nulidad, pero no fué admitido. Mas si la iglesia tiene ese derecho, con mayoria de razon debe tenerlo el poder seglar, ya que el contrato de matrimonio de la propia suerte que los demas contratos, pertenece al órden político, y por lo mismo á la autoridad civil incumbe establecer en él las disposiciones y reglas que crea convenientes para su validez.

323. Sentados tales preliminares redúcese nuestra cuestion á un hecho, á saber, ¿tenemos en Francia una ley que declare nulos los matrimonios de los menores celebrados sin el consentimiento de sus padres, tutores ó curadores? Por ley de nuestros reyes de la primera raza, un hombre no podia casarse válidamente con

una hija de familias sin el consentimiento de su padre, á quien debia devolverla con una multa de 40 sueldos ademas, si él se la pedia. Asi se halla establecido en los capitularios del rey Dagoberto, parte segunda que tiene por título *Lex alemannorum*, *cap.* 54, *art.* 1. Asimismo en los capitularios de los reyes de la segunda raza, de que hizo una coleccion Benedicto-Levita, *lib.* 7, *art.* 463, leemos, que para que sea legítimo el matrimonio, es preciso pedir la consorte á aquellos que tienen sobre ella jurisdiccion.

324. Estas leyes habian caido en desuso, segun se desprende explícitamente del edicto dado en 1556 por Enrique II. Este edicto despues de lamentar que los hijos de familias por una voluntad carnal, indiscreta y desordenada contraian matrimonio contra la voluntad y gusto de sus padres, sin consideracion al temor de Dios, al honor y respeto y obediencia que á sus padres deben, establece que los que asi se porten, podrán ser desheredados por sus padres y madres, y revocadas por estos todas las donaciones que les hubiesen hecho. Los hijos de familia que tengan 30 años y las hijas que tengan 25, solo deberán pedir el consejo de sus padres, no aguardar su consentimiento.

325. Este edicto fué confirmado por otro de Enrique III en los estados de Blois, *art.* 41. En el art. 40 se manda á los párrocos que se informen de la calidad de los que quieran casarse, y les prohibe casarlos siempre que se hallen en poder de otro, y no tengan su consentimiento, bajo pena de ser tratados dichos párrocos como *fautores del crimen de rapto*.

326. Luis XIII en 1639 despues de considerar la ineficacia de las disposiciones de sus predecesores, ademas de confirmarlas, declara á los hijos de familia que contraviniendo á lo mandado se casasen, indignos é incapaces junto con los hijos que de tales matrimonios tuviesen, de toda sucesion de sus padres, madres y abuelos y de cualquier otra directa ó colateral, siendo nulas y aplicaderas al fisco las disposiciones que contra esto se hiciesen.

Aunque estas leyes al parecer se limitan á conminar penas contra los matrimonios de los hijos de familia celebrados sin el consentimiento de los padres, sin declararlos nulos; no obstante si se atiende con toda reflexion el espíritu de las mismas, se verá que realmente los consideran nulos.

El art. 40 de la ordenanza de Blois, al declarar á los párrocos que hubiesen asistido como ministros á un matrimonio contraido

sin consentimiento paterno, *fautores del crimen de rapto*, supone necesariamente que tales enlaces van acompañados de la seduccion, y como este solo vicio basta para hacer nulo un matrimonio resulta que lo serán todos los contraidos sin dicho requisito. La seduccion en cuanto á los efectos de la nulidad se funda en una de esas presunciones que se llaman *juris*, mas no para acusar de ese crimen á los que promovieron el matrimonio. Se presume una seduccion en la cosa misma, pero ni se inquiere tan siquiera que persona la haya cometido. Y aun cuando aquella con quien casó un menor, solo hubiese consentido por su desgracia en el matrimonio, pues halló en él la infelicidad, no por esto dejaria de presumirse la seduccion, segun lo observa muy bien D'Aguesseau. Para comprender toda la fuerza de este y de otros argumentos en favor de nuestra opinion, es preciso leer el discurso de dicho jurisconsulto en la causa de Melchor Fleuri, contra la señorita Rezac, que se halla en el tomo tercero de sus obras, y es el trigesimo primero de sus discursos forenses. Los discursos de este gran magistrado están escritos con tal precision, que es imposible cercenar una palabra ni extractarlos, sin quitarles toda su fuerza.

327. Aun cuando un menor frances hubiese contraido el matrimonio sin consentimiento de sus padres fuera del reino y en pais en que las leyes no declarasen nulos tales matrimonios, no dejaria por esto de ser declarado nulo y abusivo, segun vimos antes, *n.* 229.

328. La ausencia de los padres no dispensa al hijo de pedir su consentimiento, con tal que se sepa el lugar de su residencia. La aprobacion que diesen al matrimonio los parientes mas cercanos convocados al efecto por el juez no supliria válidamente el defecto de tal consentimiento, y no purificaria el contrato del vicio de seduccion que se reputa inherente á él. Asi se juzgó habrá como 30 años respeto de un matrimonio de una señorita de esta misma ciudad de Orleans, cuyo matrimonio habia sido celebrado sin el consentimiento de su madre que se hallaba á la sazon en Sto. Domingo. El juez real habia aprobado el dictámen de los parientes consintiendo el matrimonio. En méritos del recurso de nulidad interpuesto por la madre, este matrimonio fué declarado nulo y abusivo, apercibiendose ademas al juez de Orleans para que en adelante se abstuviese de homologar tales permisos.

329. Si los padres se hallasen ausentes de mucho tiempo sin

que se sepa su paradero; previa informacion y justificacion de estos extremos, podrá suplir su consentimiento el tutor ó la familia.

330. De la propia suerte deberá procederse, si los padres estuviesen fuera del reino por causa de religion. Hallándose ausente uno solo de los dos, tres de los parientes del expatriado suplirán su consentimiento.

331. Con mayor razon podrá prescindirse del consentimiento del padre ó de la madre que hubiese perdido su estado y sus derechos civiles, ora sea por profesion religiosa, ora por haber sido condenado á la pena capital. La muerte civil les despoja de todos sus derechos inclusa la patria potestad.

Esto debe tener lugar si al casarse el menor sin el consentimiento de su padre, se hallase este condenado en rebeldía al último suplicio, por mas que despues compareciese y fuese absuelto. Aun cuando el estado civil del padre debiese reputarse mas bien suspendido que perdido enteramente, y aun cuando en virtud de la fuerza retroactiva de la absolucion debe reputarse que nunca lo perdió; no obstante basta que al tiempo de celebrarse el matrimonio el padre no estuviese de hecho en el goce de los derechos civiles, y se le considerase como fugitivo, para que el menor tuviese entonces el derecho de prescindir de su autoridad paternal haciéndola suplir por su tutor ó familia.

En corroboracion de esto puede citarse la ley 12, §. 15, *ff. de capt. et postlim. revers.*, que decide que el matrimonio contraido por un hijo de familias sin el consentimiento de su padre que se hallaba á la sazon cautivo, es válido, por mas que el padre á su vuelta haya recobrado, *jure postliminii*; todos los derechos civiles, y se repute no haberlos perdido nunca.

Sin embargo creo que en conciencia los hijos deben pedir y obtener el consentimiento de sus padres, aunque no se hallen en el goce de sus derechos, porque la muerte civil puede relajar las obligaciones civiles, mas no las naturales, y natural es en el hijo el deber de pedir el consentimiento paterno para su matrimonio: *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.*

332. Resta una cuestion. En el caso de haber pedido el menor el consentimiento de sus padres para un matrimonio que pretende serle muy ventajoso, y de negárselo ellos sin alegar empero razon alguna, ó alegándolas malas; ¿podrá ser dispensado de ese consentimiento por el juez, oido el parecer de los parientes, y previa esta autorizacion podrá pasar á la celebracion del matrimonio?

Opino que por lo regular el juez no debe dar tales dispensas, porque no es de presumir que si tan ventajoso fuese el enlace, ó si no hubiese razones muy poderosas que tal vez la prudencia aconseja callar, un padre denegase á su hijo el consentimiento para casarse.

Casos podrán presentarse no obstante en que las ventajas del matrimonio para el cual niegan los padres su consentimiento, sean tantas y tan evidentes, y la injusticia de la repulsa tan manifiesta que haya de permitirse á los jueces que suplan este consentimiento oyendo siempre á los parientes.

333. El menor que no tenga padre ni madre, necesita para casarse el consentimiento de su tutor ó curador. El párroco no podrá casarlo sin que le presente ese consentimiento; y si de hecho lo casase, á instancias del tutor ó curador deberá declararse nulo el matrimonio.

Esto debe entenderse de los tutores ó curadores que tienen á los menores en su poder, no de los simples curadores *ad lites* que se dan á los emancipados.

334. Habiendo un tutor honorario y otro onerario, deberá dar su consentimiento el honorario, porque á él le incumbe la guarda de la persona: el tutor onerario es para la administracion de los bienes.

Si un menor tuviese un tutor en Francia y otro en las colonias, necesitaria el consentimiento del tutor del lugar en que al morir tenia su domicilio el padre, y ademas deberia oirse á los parientes reunidos ante el juez que lo nombró. En casos arduos deberia obtenerse tambien el consentimiento del otro tutor que podria darlo ante el juez de su domicilio.

335. El consentimiento de los tutores ó curadores es solo necesario cuando el menor no tiene ni padre ni madre. Si por negarse un padre ó una madre á servir la tutela de sus hijos, se les hubiese nombrado á estos un tutor; como que el padre ó la madre no deja por esto de tener la guarda de las personas de sus hijos, siendo el tutor un administrador de los bienes, ellos serán los que tendrán que prestar su consentimiento al matrimonio de dichos hijos.

336. Hay algunas diferencias entre el consentimiento que de-

ben prestar el padre y la madre y el que toca á los tutores ó curadores.

1.° Ni el padre ni la madre tienen que tomar el consejo de los demas parientes para otorgar el consentimiento: el tutor por el contrario no debe otorgarlo sin oir el parecer de los parientes mas próximos del menor, asi paternos como maternos, á quienes al efecto debe convocar ante el juez.

2.° El consentimiento que los tutores ó curadores negasen, podria suplirse con mucha mas facilidad que el de los padres. En caso de negativa por parte de aquellos, el juez permite al menor que convoque á sus parientes mas cercanos ante la presencia judicial, y allí oido y anotado el parecer de cada uno y la razon en que lo fundan, se reserva tomar la providencia formal que mas justa le parezca, negando ó concediendo su autorizacion para la celebracion del matrimonio.

3.° Finalmente, y esta es la principal diferencia, la falta del consentimiento de los padres hace nulo el matrimonio por hacer presumir necesariamente la seduccion sin la cual no puede suponerse que los hijos menores hubiesen menospreciado la autoridad paternal. Al contrario la falta del consentimiento de los tutores ó curadores no hace nulo el matrimonio ni induce la presuncion de seduccion, á no ser que se viese haberse verificado el matrimonio por sorpresa y que es desventajoso al menor por desigualdad de condicion ó de bienes; *Journal des Audiences*, *tom*. 2, *lib*. 4, *cap*. 47.

§. II.

Del consentimiento de los padres en el matrimonio de sus hijos mayores de edad.

337. Tambien los hijos mayores de edad, lo mismo que los menores están obligados á pedir para casarse el consentimiento de sus padres. Pero hay en este punto dos grandes diferencias entre los hijos mayores y los menores.

La primera es que aun cuando aquellos se casen sin haber pedido con las formalidades jurídicas el consentimiento de sus padres, su matrimonio no se reputa contraido por seduccion, y por consiguiente no puede ser dado de nulidad por los padres sin cuyo

consentimiento fué celebrado. Solo puede imponerseles la pena de la exheredacion por haber faltado á su deber.

338. La segunda diferencia consiste en que á los menores no les basta pedir el consentimiento de los padres, sino que ademas es preciso que lo obtengan para que sea válido el matrimonio. Por el contrario á los mayores les basta pedirlo, por mas que no lo obtengan.

339. Estas dos diferencias no tienen lugar cuando el matrimonio que contrae un menor es resultado de la seduccion de que fué víctima anteriormente. Asi es que si un hijo de familias se casase *cum turpi persona*, por mas que fuese mayor de edad al verificarlo, si desde que era menor hubiese vivido licenciosamente con la misma, ese matrimonio considerado como una consecuencia de la seduccion que siendo menor sufrió el que lo contrajo, podria ser anulado de la propia suerte que si hubiese sido celebrado en la menor edad, y seria causa legítima para la exheredacion. Esta es la opinion del abogado general Bignon, que refiere el *Journal des Audiences*, *tom*. 2, con motivo de una sentencia de 2 de julio de 1660.

340. Segun nuestro derecho, el hijo mayor de edad debe pedir al juez permiso para hacer á su padre ó madre un requirimiento respetuoso á fin de que le concedan su consentimiento para el matrimonio que quiere celebrar con fulano ó fulana. Obtenido este permiso, se traslada con dos notarios ó con uno y dos testigos á la casa de sus padres, y les requiere para que le concedan su consentimiento. De este requirimiento se levanta el correspondiente auto.

Deben mediar cuando menos dos de estos requirimientos.

341. Por nuestras leyes, siendo el hijo de familias mayor de 25 años menor empero de 30, no basta que requiera el consentimiento, es ademas preciso que lo obtenga, si quiere evitar la pena de exheredacion; mas no por esto podrá darse de nulidad el matrimonio.

§. III.

Si para el matrimonio de los hijos naturales es necesario el consentimiento del padre ó de la madre, de los tutores y curadores.

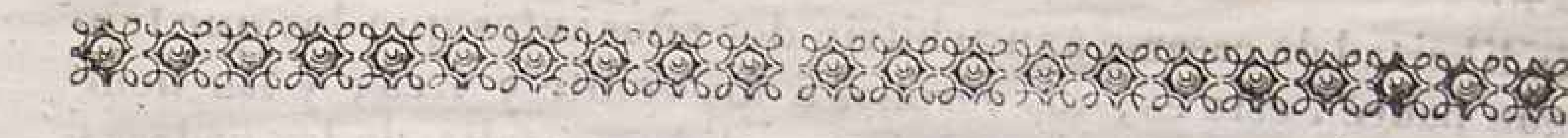
342. La obligacion que tienen los hijos ya de obtener, ya de pedir al menos, teniendo cierta edad, el consentimiento de su padre y de su madre para su matrimonio, es un efecto de la patria potestad, la cual como es á su vez otro de los efectos civiles del matrimonio, solo pueden ejercerla los padres que lo son por legítimo matrimonio. De ahí se desprende que los hijos naturales no tienen aquella obligacion.

Cuando los hijos naturales están en la menor edad, necesitan para casarse de la propia suerte que los demas, el consentimiento de su tutor ó curador: si no lo tienen, ha de nombrarseles uno.

ARTICULO II.

DEL CONSENTIMIENTO DEL REY PARA EL MATRIMONIO DE LOS PRINCIPES.

343. Los principes de sangre real no pueden contraer matrimonio sin obtener previamente el consentimiento del rey. Por sentencia del mes de setiembre de 1634 se declaró nulo bajo este concepto el matrimonio que Gaston, duque de Orleans, habia contraido sin el real consentimiento con la princesa Margarita de Lorena. La asamblea del clero frances en 1635 declaró asimismo nulos todos los matrimonios de igual naturaleza que de tal defecto adolesciesen. Los doctores de la Sorbona consultados sobre aquel negocio fueron de dictamen en su mayor parte de que dicho matrimonio era nulo, y los que opinaron en otro sentido solo lo hicieron por creer que en las antiguas leyes no se encontraba una que declarase nulos los matrimonios de príncipes que careciesen de aquel requisito, si bien todos estaban en que el rey podia establecer por ley que en adelante lo fuesen.



APENDICE

DEL DERECHO ESPAÑOL.

Para que se comprenda mejor el derecho vigente en España acerca de la licencia que necesitan los menores para contraer matrimonio, juzgamos oportuno transcribir la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que es la ley 18, tít. 2, lib. 10, Nov. Recop., y comprende todo cuanto debe observarse en este punto. Dice así:

«Con presencia de las consultas que me han hecho mis consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando: que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas de veinte y tres, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon ni explicar la causa de su resistencia ó disenso; los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres, podrán casarse á su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los veinte y cuatro, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos: á falta de padre y madre, tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno à falta de este; pero los menores adquirirán

la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los veinte y tres, y las hembras á los veinte y uno, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos: para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la cámara, gobernador del consejo, ó sus respectivos gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla, y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion cuando lo soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deban solicitar mi real permiso, podrán los interesados recurrir á Mi, asi como á la cámara, gobernador del consejo y gefes respectivos, los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la cámara, gobernador del consejo ó gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de chancillerias y audiencias y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos: los Vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contraentes segun los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contraentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los infantes y demas personas reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ellas sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no otra ley ni pragmática anterior.»

En la organizacion presente de nuestra sociedad, no debe acudirse para suplir el consentimiento paterno á las audiencias, sino á los gefes políticos, quienes tal vez acceden con demasiada facilidad à las pretensiones de los hijos de familia: en nuestro concepto debe respetarse mucho la autoridad de los padres á fin de que no se relajen los vínculos de familia base del órden social.

Nuestros tribunales no pueden admitir demandas de matrimonios sin que vayan acompañadas de la licencia que para ellos hubiesen otorgado los padres, ó la declaracion de la autoridad competente de ser irracional el disenso: Real cédula de 1 ° de febrero de 1784.

Cuando es necesario el consentimiento paterno para contraer matrimonio, lo es asimismo para contraer esponsales: asi es que estos son de ningun valor cuando les falta aquel requisito: Real pragm. transcrita de 28 de abril de 1803.

SECCION III.

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO EN FAZ DE LA IGLESIA, Y DE LA COMPETENCIA DEL SACERDOTE QUE HA DE CELEBRARLO.



ARTICULO I.

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO EN FAZ DE LA IGLESIA.

Materia es esta que ha sufrido grandes cambios. Nosotros vamos á tratar en el párrafo primero de la antigüedad de la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia, y de la bendicion nupcial, examinando al propio tiempo si en los primeros siglos de la iglesia era ella necesaria para la validez del matrimonio. Trataremos en el párrafo segundo de las leyes que en el transcurso de los tiempos exigieron la bendicion nupcial ó la intervencion del cura párroco de los contraentes en la celebracion del matrimonio. Veremos en el párrafo tercero el derecho vigente respeto de los matrimonios en que tal requisito faltaba, en el siglo doce y siguientes hasta el concilio de Trento. En el cuarto pondremos lo que pasó en este concilio al tratarse de los matrimonios clandestinos, esto es, no celebrados en faz de la iglesia y sin las formalidades prescritas por dicho concilio. Finalmente en el párrafo quinto indicaremos lo dispuesto por nuestros reyes en sus ordenamientos, edictos y declaraciones.

§. I.

De la antigüedad de la bendicion nupcial, y de la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia, y si en los primeros siglos una y otra eran necesarias para la validez del matrimonio.

344. La celebracion del matrimonio de los cristianos en faz de la iglesia y la bendicion nupcial que el sacerdote que lo celebra, da á las personas que lo contraen, son de la mayor antigüedad.

S. Isidoro de Sevilla, *lib.* 2, *de offic. eccl. cap.* 19, observa muy bien que esta bendicion es á imitacion de la que el mismo Dios dió á nuestros primeros padres en el paraiso terrenal. Testimonios de esta costumbre los hallamos en Tertuliano que vivió en los siglos segundo y tercero: *Unde sufficiemus*, dice, *lib.* 2, *cap.* 8, *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat* (1) *benedictio*. ¿Qué matrimonio será este *quod conciliat ecclesia*, sino el celebrado en faz de la iglesia, en la congregacion de los fieles y por el ministerio de la iglesia, es decir, de sus ministros? Las palabras *confirmat oblatio* dan á entender que se ofrecia el santo sacrificio de la misa por los desposados, lo cual induce á creer que los matrimonios se celebrarian en los domingos, que era el dia en que los fieles se congregaban para asistir á dicho sacrificio. Las palabras *obsignat benedictio* indican evidentemente la bendicion nupcial dada por el sacerdote ministrante á los recien casados.

El siglo cuarto nos suministra abundantes monumentos en comprobacion de la costumbre que habia de bendecir los matrimonios. Uno hallamos en la epístola de S. Ambrosio á Virgilio, *n.* 7, donde aquel santo padre exhortando á los fieles á que no se casen con los infieles, dice: *Quum ipsum conjugium* VELAMINE SACERDOTALI ET BENEDICTIONE *sanctificari oporteat, quomodo potest conjugium dici ubi non est fidei concordia?* Esta carta es la decima nona de la edicion de los Benedictinos. En aquel mismo siglo hallamos otro en una carta del papa Sirico, que subió á la Sede apostólica en 384 ó 385, dirigida á Hicmario arzobispo de Tarragona: en ella enumerando dicho papa las calidades que debe tener el que haya de ser promovido á las sagradas órdenes, refiere estas: *Si probabiliter vixerit, et una tantum et ea quam virginem communi per sacerdotem benedictione perceperit, uxore contentus.* El cuarto concilio de Cartago habido en 398, segun se pretende, ofrece otro tercer testimonio. En el canon 4 se dice: *Sponsus et sponsa quum benedicendi sunt á sacerdote, á parentibus suis vel paranymphis offerantur, qui quum benedictionem acceperint, eadem nocte pro reverentia ipsius benedictionis in virginitate permaneant.* Aun cuando fuese supuesto este concilio, como pretenden los críticos, bastaban los anteriores testimonios para probar el uso de la bendicion nupcial en el siglo cuarto.

(1) Estas palabras *obsignat benedictio* no se hallan en la edicion del Beato Rhenano.

A principios del siglo quinto el papa Inocencio I en su epístola á Victricio obispo de Rouen, *art.* 6, hace mencion de la bendicion nupcial.

345. No obstante esta bendicion no era mas que una piadosa costumbre, sin ser necesaria para la validez del matrimonio. La ley 22, *cod. de nupt.* la cual es de Teodosio, no nos deja en este punto la menor duda, puesto que en ella se dice formalmente que basta para la validez el consentimiento de las dos partes justificado por el testimonio de sus amigos ante los cuales fué declarado; *etsi pompa, aliaque nuptiarum celebritas omittatur*, palabras que se refieren evidentemente á la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia y á la bendicion nupcial.

Es de notar que en esta ley se declaran libres de toda solemnidad los matrimonios *inter pares honestate personas*; porque cuando un hombre se casaba con una muger de baja condicion, era preciso que declarase en una escritura de capitulaciones matrimoniales, que la tomaba por legítima esposa, mas bien que como simple concubina: lo cual mas tarde fué derogado por Justiniano; *l.* 27, §. 7, *cod. de nupt.*

Tambien puede fundarse un argumento en la novela 74 cuyo capítulo 4 empieza Justiniano asi: *Antiquis promulgatum est legibus, et á nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia instrumenta*, EX SOLO AFECTU *valeant et ratæ sint.* Con esto manifiesta bien á las claras que basta el solo consentimiento para la perfeccion y validez del matrimonio.

En seguida explica aquel emperador el abuso de pruebas demasiado ligeras que se admitian sobre este consentimiento, como son testigos que hubiesen oido á las partes llamarse con las palabras que acostumbraban usar los casados, como *dominus domina* que son las que se usaban entre marido y muger; *l.* 19, §. 1, *ff. de ann. leg.* Esto prueba que los matrimonios podian contraerse sin celebrarlos públicamente en la iglesia, puesto que de no ser asi, no se habrian admitido antes de la novela referida las pruebas de matrimonio que acabamos de ver. Confirma esto mismo lo que Justiniano estableció para probar la celebracion del matrimonio; porque si las personas ilustres pueden probarlo por una escritura pública, y las de inferior condicion asimismo por escritura pública ó bien presentándose en algun templo, *in aliqua orationis domo*, declarando su matrimonio á presencia del protector quien deberá

levantar de esto testimonio, de cuya ley exceptua las personas de baja condicion; claro está que no habia entonces ninguna necesidad de recibir la bendicion nupcial.

No solo no era necesaria la bendicion nupcial para que el matrimonio fuese válido como contrato, sino que tampoco lo era para que valiese como sacramento. Asi se desprende de la respuesta dada por el papa Nicolas I á la consulta de los Búlgaros en el siglo IX. Este papa explica asi las ceremonies admitidas en la iglesia romana para la celebracion de los matrimonios. *Primum quidem in ecclesia Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuentur...... post hæc de ecclesia egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in ecclesia ipsa sunt solitæ reservari...... hæc sunt jura nuptiarum.* En seguida añade: *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus, quemadmodem Græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium; ac per hoc sufficiat, secundum leges,* SOLUS EORUM CONSENSUS *de quorum conjunctionibus agitur.* No cabe duda que el papa considera el matrimonio como sacramento, y que como tal lo cree válido aun sin la bendicion, pues solo acerca de la validez del sacramento le habian consultado los Búlgaros.

§. II.

De las leyes que para la validez de los matrimonios exigieron que fuesen celebrados en faz de la iglesia.

346. La bendicion nupcial y la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia que en sus principios solo eran una costumbre piadosa, fueron mas adelante indispensables para la validez del matrimonio.

Para evitar los abusos á que daban lugar los matrimonios clandestinos que se celebraban sin ir á la iglesia á recibir la bendicion nupcial con la mira de guardar el secreto, juzgaron conveniente nuestros reyes prescribir que sus súbditos si querian celebrar matrimonio, lo hiciesen en faz de la iglesia, donde recibirian la bendicion nupcial só pena de nulidad. Asi lo estableció Carlomagno, y lo confirmaron sus sucesores.

La bendicion era solo necesaria en los primeros matrimonios no

obstante los que pasaban á segundas nupcias tampoco podian prescindir de todo punto de hacer intervenir al párroco, quien en público y en presencia de sus feligreses debia prestar su aprobacion á este segundo enlace; capitulario 408. La falta de esta formalidad hacia nulo el matrimonio, *eod. y capit,* 463.

En una disposicion que se halla en el artículo segundo del cuarto suplemento de los capitularios de Carlomagno que este príncipe quiso que tuviesen fuerza de ley, cuyo artículo está sacado de las leyes de los Visigodos, se impone la multa de cien sueldos, ó de cien azotes á falta de dinero, á los cristianos que se casasen sin la bendicion nupcial.

§. III.

Del derecho que se observaba en el siglo XII y siguientes hasta al concilio tridentino, respeto de los matrimonios clandestinos, es decir, celebrados sin la bendicion nupcial.

347. Las leyes que acabamos de indicar, cayeron mas adelante en desuso, y dejaron de considerarse necesarias para la validez del matrimonio la bendicion nupcial y su celebracion en faz de la iglesia: se reputaba válidamente contraido el matrimonio, con solo que las partes hubiesen declarado tomarse recíprocamente por marido y muger. Esto es lo que se llamaba *Sponsalia de præsenti.*

Nada mas que esto exigia para la validez del matrimonio Alejandro III que ocupó el pontificado en el siglo doce: su decretal se halla en el *cap. 9, extr. de spons. et matr.* En la antigua coleccion, en el título *de sponsa duor. cap.* 8, hay una decretal de este papa, dirigida al obispo de Norwick, donde habla todavia con mas explícita formalidad. El mismo papa en el *cap.* 2, *ext. de clandest. despons.* dice que cuando los matrimonios se han contraido con tanta clandestinidad, que no exista de ellos prueba alguna, la iglesia no tiene medio para obligar á las partes que lo niegan, á cumplir su palabra; pero que cuando ellas lo reconocen, la iglesia á menos que hubiese por otra parte algun impedimento, debe reconocerlos por tan válidos, como si desde sus principios hubiesen sido contraidos en faz de la misma iglesia. Resulta tambien de otra decretal de ese mismo papa, *cap.* 11, *ext. de præsumpt.* y de otra de Inocencio III, *cap.* 6, *ext. de eo qui cogn. consang. etc.* que estos pontífices miraban los matrimonios contraidos solo *por palabras de presente*, como verdaderos matrimonios.

El mismo Inocencio III á pesar de haber prohibido en el concilio de Latran los matrimonios clandestinos, es decir, los no contraidos en faz de la iglesia, y habiendo ordenado que aun los celebrados de esta suerte deberian ser precedidos por tres moniciones, no declara sin embargo nulos los clandestinos, mientras las partes sean capaces de contraerlo la una con la otra, contentándose con conminar una penitencia que, dice se impondrá á los que tales los contraigan; *cap. fin. ext. de cland. despons.*

Los matrimonios clandestinos, celebrados no en faz de la iglesia sino secretamente *por palabras de presente*, continuaron siendo considerados en adelante como válidos. Asi eran reputados hasta el concilio tridentino, y este concilio llega hasta el punto de fulminar anatema contra los que nieguen que estos matrimonios fueron verdaderos y válidos, en el interin que la iglesia no creyó conveniente declararlos nulos, aunque siempre los ha reprobado.

Por las palabras *rata et vera* de que usa, declara el concilio los tales matrimonios no solo válidos como contratos civiles, sino tambien como sacramentos. Esto es lo que significa la palabra *rata* en el lenguage de los canonistas, conforme puede verse en el *cap* 7, *ext. de divort.*, donde el papa Inocencio III hablando del matrimonio de los infieles, dice que si bien no deja de ser un verdadero matrimonio, no es *ratum*, en vez de decir *sacramentum.* No es buen argumento decir que si fuesen sacramentos, la iglesia no podria detestarlos; porque los detesta á la manera que detesta las malas disposiciones con que se reciben los demas sacramentos que no dejan de ser tales á pesar de esas malas disposiciones.

§. IV.

De lo que pasó en el concilio de Trento respeto de los matrimonios clandestinos.

348. Mucho se debatió en el concilio de Trento de los matrimonios clandestinos. Todos los padres reconocian los abusos que en ellos se cometian: el mejor medio era sin duda declararlos

nulos, pero no faltó quien dudase si el concilio tenia para ello derecho.

Fra Paolo en su historia de este concilio, *lib.* 7, refiere que en la congregacion de los teologos celebrada sobre el particular en 9 de febrero de 1563 y dias sucesivos, Maillard dean de Sorbona negó que la iglesia tuviese ese poder, ya que no le cabian facultades para hacer que un sacramento legítimo al presente, fuese invalidado mas adelante: que no podia exigir que un matrimonio para ser válido, fuese celebrado públicamente, ya que el primer matrimonio del mundo el de Adan y Eva, modelo de los demas, fué celebrado sin testigos. El jesuita Salmeron decia por el contrario que la iglesia tiene tal poder sobre la materia de los sacramentos que puede alterar todo cuanto no sea de su esencia: que las calidades de *público ó secreto* son accidentales en el matrimonio, y que por lo mismo la iglesia puede ordenar acerca de ellas lo que bien le parezca, y por lo mismo exigir que sea público para ser válido.

Palavicino en su historia desmiente formalmente á Fra Paolo en cuanto al dictamen que supone haber sostenido el dean Maillard, y dice que este es un hecho supuesto.

En la sesion vigesima cuarta celebrada en 11 de noviembre de aquel año, se leyó el proyecto de decreto que se habia extendido para declarar nulos los matrimonios clandestinos, y fué aprobado contra el voto de cincuenta y seis prelados que contestaron: *non placet.* El obispo de Warmic que miraba la validez de estos matrimonios como dogma de fé no quiso asistir á esta sesion. Fra Paolo *lib.* 28.

El decreto que acerca de este punto fué aprobado dice asi: *Qui aliter quam prœsenti parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum matrimonium ommino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.*

Es de observar que no obstante de ser tan justa y tan acertada la forma prescrita por el concilio, como que mereció ser adoptada y confirmada por nuestros reyes, segun veremos en el siguiente párrafo, la declaracion de nulidad traspasaba los límites de las facultades que al concilio le cabian sobre el matrimonio, ya que los matrimonios como contratos pertenecen al órden político, no á los concilios: el de Trento no podia tratar de la validez ó invalidez de ese contrato.

§. V.

De lo que nuestros reyes han dispuesto acerca de los matrimonios clandestinos, y de las formalidades prescritas para que los matrimonios sean válidos.

349. Todos los esfuerzos de la corte de Roma y del clero no pudieron recabar que el concilio de Trento fuese aceptado en Francia. Todos los católicos reconocieron entonces y han reconocido despues constantemente, que las decisiones de aquel concilio sobre el dogma, son la fé de la iglesia; pero los ataques que da en sus decretos sobre disciplina al poder temporal y á las máximas y principios entre nosotros reconocidos en muchos puntos, han sido y serán siempre un obstáculo insuperable para que sea admitido en este pais. Mr. Rassicod ha hecho una lista de estos puntos en su excelente obra titulada *Notas sobre el concilio de Trento.*

Como el decreto del concilio no podia exterminar los abusos cometidos con los matrimonios clandestinos, en un pais en que sus disposiciones no habian sido admitidas, ni tenian autoridad alguna, es de ahí que Enrique III creyó conducente poner por sí mismo un remedio á esos males, ya que para ello no necesitaba el auxilio de ageno poder, como que por lo menos tenia tanto como el concilio, segun dejamos sentado en la primera parte de este tratado. Asi exigió que *para la validez* del matrimonio debiesen preceder las amonestaciones, y asistir despues á su celebracion cuatro testigos dignos de crédito; orden. de Blois, art. 40. En el art. 44 prohibe bajo penas corporales á los notarios que puedan recibir promesa alguna de matrimonio por palabras de presente.

Enrique IV en su edicto de 1606 quiere que conozcan de las causas de matrimonio los tribunales eclesiásticos, sujetándose empero á las leyes del reino incluso el edicto de Blois. Luis XIII en 1639 insistió en que este edicto fuese exactamente observado, añadiendo que los cuatro testigos deberán asistir con el párroco quien unirá á los esposos en matrimonio segun el ritu de la iglesia.

350. La presencia del párroco que prescriben nuestras leyes,

no es meramente pasiva, sino una asistencia y ministerio que consiste en recibir el consentimiento de las partes y en dar la bendicion nupcial. No bastaria que las partes fuesen á encontrar al cura, y en su presencia declarasen que se querian recíprocamente por marido y muger, sino que es ademas preciso que el párroco celebre el matrimonio. Haricourt, *p.* 3, *cap.* 5, *art.* 1, *n.* 27, refiere haberse declarado nulo un matrimonio de que las partes habian hecho levantar testimonio en la iglesia y en presencia del párroco que se negó á celebrarlo: un hijo de esa union fué declarado ilegítimo.

351. Hay ademas una prohibicion formal hecha á los notarios bajo pena de privacion de oficio, de levantar testimonio de los matrimonios que los obispos ó sus vicarios generales, ó los curas se hubiesen negado á celebrar; *reglam. de 5 de setiembre de* 1650, donde se añade que estas autoridades eclesiásticas deberán librar un certificado en que se expresen los motivos en que su negativa se funde.

352. Si la negativa no fuese fundada, tienen los que se crean agraviados, dos medios: es el primero el ordinario, y consiste en acudir contra el cura al tribunal eclesiástico: el segundo medio es el recurso de fuerza. Este recurso puede asimismo tener lugar contra el fallo del juez eclesiástico que aprobase la negativa del párroco.

353. Lo que acabamos de decir sobre que el párroco que celebra el matrimonio, no es un mero testigo, sino que ejerce en aquel acto un ministerio, no es contrario á lo que enseñan los teólogos, á saber, que las partes mismas que contraen el matrimonio son los ministros de este sacramento. Es verdad que son los ministros por lo que respeta á la substancia del sacramento, y que se lo administran recíprocamente la una á la otra, en fuerza de su consentimiento y por la declaracion exterior que hacen del mismo; mas el sacerdote es por su parte el ministro de las solemnidades que la iglesia y el príncipe han juzgado conveniente añadir al matrimonio para que fuese válido, y ejerce este cargo en nombre de la iglesia y del príncipe.

ARTICULO III.

DE LA COMPETENCIA DEL SACERDOTE QUE CELEBRA EL MATRIMONIO.

354. No basta que el matrimonio haya sido celebrado en faz de la iglesia, sino que es ademas preciso que el sacerdote que lo celebra sea competente. Vamos á ver, 1.º cual es el sacerdote competente para celebrar el matrimonio; 2.º cual es la pena á que están sujetas las partes que celebraron su matrimonio ante un sacerdote incompetente; 3.º cual la del clérigo que lo celebra; 4.º si siendo las partes de diversas parroquias, el párroco de la una puede celebrar el matrimonio sin el consentimiento del de la otra.

§. I.

Cual es el sacerdote competente para la celebracion del matrimonio.

355. El sacerdote competente para la celebracion de los matrimonios es el párroco de los contraentes.

Es cura de los contraentes el del lugar en que tienen ellos su domicilio ordinario. Si una persona reside una parte del año en un lugar, y otra parte en otro, su cura será el del lugar en que tenga su principal residencia, donde cumple con el precepto pascual, de donde acostumbra titularse *vecino* en las escrituras y actos públicos, donde esté sujeto á las cargas vecinales.

356. Cuando una persona ha trasladado su domicilio de un lugar á otro, para que el cura del lugar de su actual residencia sea competente para casarlo, será preciso que hayan mediado por lo menos seis meses desde que estableció allí su domicilio, y esto si salió de una parroquia que sea de la misma diócesis; pues si hubiese salido de otra diócesis será preciso un año entero. Sin esto su cura actual no podrá casarlo sin un certificado librado por el que lo fué

antes de haber publicado en su antiguo domicilio las moniciones. *Edicto de* 1697 (1).

357. Siendo menores los contraentes el cura que deberá celebrar su matrimonio será el del lugar del domicilio de sus padres, tutores ó curadores, aun cuando acaeciese tener ellos otro domicilio de hecho, solo que en este caso deberán tambien echarse las proclamas en el lugar donde tengan este domicilio de hecho. *Edicto de* 1697.

358. El obispo de los contraentes es asimismo competente para la celebracion de su matrimonio, como que es el primer pastor de la diócesis entera.

359. Por fin es competente todo sacerdote que tenga licencia del obispo ó del cura de los contraentes para celebrar su matrimonio. Celebrado este con autorizacion de tales personas es como si ellas mismas lo hubiesen celebrado.

El vicario de una parroquia se considera que en su calidad de tal tiene la autorizacion del párroco para celebrar los matrimonios de aquella feligresia: se reputa que el cura al tomarlo por vicario suyo le confirió esta licencia general sin que sea preciso que se la dé para cada matrimonio.

Otro tanto puede decirse de un sacerdote agregado á alguna parroquia, á quien el cura hubiese encargado la celebracion de los matrimonios: siempre se reputará que conserva el permiso, mientras la comision no sea revocada.

360. Cualquier otro clérigo que no tenga ese permiso ni del obispo ni del cura, será incompetente para la celebracion de los matrimonios.

Hay una declaracion que exige que el permiso sea por escrito; pero no será precisa esta formalidrd tratándose del vicario de una parroquia ó de un clérigo especialmente encargado por el cura de la celebracion de los matrimonios, como tambien siendo el celebrante un sacerdote extrangero que lo celebra en presencia del

(1) En España se sigue por lo que mira á domicilios, el derecho canónico, y ha de distinguirse entre el tiempo que debe mediar para entenderse establecido el domicilio de una persona en lo relativo á las proclamas y necesidad de publicarlas en diferentes parroquias, lo cual se deja al arbitrio dèl ordinario; y el tiempo que basta para que un párroco pueda entenderse serlo de los contraentes y celebrar por lo mismo su matrimonio. En este punto debe tenerse presente que por regla general aplicable lo mismo al matrimonio que á los demas sacramentos, para administrarlos basta un solo dia, con tal que la traslacion de domicilio sea verdadera y con intencion decidida de fijarlo en el nuevo pueblo. *(N. de los traduct)*.

cura mismo, pues esta presencia de que se hace mencion en el acta del matrimonio, equivale á un permiso escrito.

§. II.

De la pena de los contraentes que hicieron celebrar su matrimonio por un clérigo incompetente.

361. La nulidad del matrimonio es la pena de los que hicieron celebrar su matrimonio por un clérigo incompetente. Por mas que el concilio de Trento que impone esta pena, segun vimos antes *n.* 348, no haya sido admitido en Francia, nuestros reyes adoptaron y confirmaron sus disposiciones en este punto. *Edicto de* 1697. Este edicto en tanto conceptua nulos los matrimonios á los cuales falta dicho requisito, como que manda á los fiscales que obliguen á los que los hubiesen contraido, á que los rehabiliten, segun veremos mas abajo, *part.* 6, *cap.* 1, *art.* 1, §. 7.

362. Esta nulidad no es de aquellas que se llaman relativas, las cuales solo tienen lugar cuando alguna de las partes interesadas se queja, como son las fundadas en la falta de libertad en el consentimiento, en la impotencia, en la falta del consentimiento paterno; sino que es de las absolutas, sin que pueda purgarse de otro modo que rehabilitando las partes su matrimonio, es decir, volviéndolo á celebrar ante el cura competente, ó ante un sacerdote comisionado por él.

Poco importa que los contraentes sean mayores de edad ó menores, hijos de familia ó de todo punto libres en el ejercicio de los derechos civiles: nuestras leyes no hacen tal distincion.

Hay no obstante algunas sentencias en que no ha sido admitido el recurso del que impugnaba su matrimonio só pretesto de haber sido celebrado por un clérigo incompetente, fuera de la presencia y sin autorizacion del cura propio, cuando el recurso fué interpuesto despues de mucho tiempo de celebrado el matrimonio y de haber cohabitado juntos y con gran publicidad los dos esposos sin que nunca se hubiese quejado nadie de la nulidad. A esto respondo que por esas sentencias no se ha juzgado que un matrimonio que se supone celebrado por un clérigo incompetente, pueda nunca ser válido, y que ese vicio pueda purgarse con el transcurso del tiempo, por largo que este fuese; solo se sancionó que el re-

currente, atendidas las circunstancias del caso, era indigno de ser atendido, sin que debiese permitírsele entrar en discusion sobre la causa que alegaba, debiéndose presumir que el sacerdote que celebró el matrimonio, habria obtenido la autorizacion del cura competente. Este nuestro dictámen se halla conforme con lo que dice D'Aguesseau en una memoria inserta en el tomo quinto de sus obras despues del discurso 57.

363. Cuanto llevamos dicho acerca de la nulidad del matrimonio celebrado sin la asistencia y consentimiento del cura de los contraentes, tiene lugar aun cuando la celebracion se hubiese verificado en pais estrangero, siempre que apareciese que ciudadanos franceses habian ido allá para burlar la ley. En vano dirian que los contratos deben arreglarse á las leyes del lugar en que se celebran, y que celebrado el suyo en pais extrangero, á las leyes de este mas que á las de su patria debia conformarse; porque la celebracion del matrimonio en faz de la iglesia y ante el propio cura no es una mera formalidad del acto, sino una obligacion que las leyes imponen á todos los ciudadanos franceses, y á la cual no pueden estos sustraerse trasladándose á otro pais.

De otra suerte fuera si se tratase del matrimonio que un frances domiciliado sin segunda intencion en pais extrangero donde no se observase el culto católico, hubiese contraido con una muger católica, teniendo lugar la celebracion en la capilla de un embajador católico por ministerio del sacerdote de la embajada. En este caso el matrimonio seria válido, como que no habria habido fraude, ni habria podido celebrarse de otra suerte.

§. III.

De las penas de los clérigos que celebran matrimonios sin el consentimiento escrito del cura de las partes ó de su obispo.

364. Los clérigos que celebran matrimonios sin autorizacion del cura, obispo ó arzobispo de los contraentes, ademas de las penas canónicas que puede imponerles la autoridad eclesiástica, serán privados de sus curatos ó beneficios por tres años, sin dejarles mas que seiscientas libras si viven en las poblaciones mayores, y trescientas si viven en cualquier otra parte. El resto será

invertido en obras piadosas á juicio del obispo: esto por la primera vez. En caso de reincidencia serán desterrados por nueve años de los lugares que los jueces seglares crean oportuno señalar. *Edicto de* 1697.

365. Este edicto solo sujeta á pena los clérigos que hayan celebrado *á sabiendas y con conocimiento de causa* el matrimonio de personas que sabian no ser de su parroquia, pero no si lo hiciesen sorprendidos y engañados. Mas para evitar sorpresas, se les impone, cuando no conocen á los que pretenden contraer matrimonio, la obligacion de hacerse certificar su vecindad, edad y circunstancias por cuatro testigos parroquianos conocidos y que firmen lo que certifican, como sea posible hallarlos.

§. IV.

Si siendo los contraentes de diferentes parroquias, el cura de uno de ellos puede celebrar válidamente el matrimonio sin el concurso y consentimiento del cura del otro contraente.

366. Esta cuestion se halla tratada con mucha maestria en la memoria escrita por d'Aguesseau, de la cual hemos hecho mencion mas arriba, *n.* 362. Este jurisconsulto pone tres casos diferentes en que el matrimonio puede haber sido celebrado por solo el cura de una de las partes.

Es el primero de estos casos aquel en que las proclamas fueron publicadas en las dos parroquias. Siendo asi, no hay cuestion, pues debe reputarse que el otro cura ha concurrido bastante y consentido en la celebracion del matrimonio con la publicacion de las proclamas y con el certificado que dió de haberla practicado.

Y debe observarse de paso que el cura que celebra el matrimonio, tiene muy grande interes en que se le presente esta certificacion de haberse echado las proclamas sin oposicion; porque si la hubiere, el cura celebrante quedaria sugeto por no haberse procurado dicho documento, al pago de los daños y perjuicios que pretendiesen los que presentaron la oposicion.

El segundo caso es aquel en que mediase dispensa de las proclamas otorgada por el obispo. Aun entonces opina D'Aguesseau que es válido el matrimonio celebrado por solo el cura de una de las

partes: debe reputarse que el obispo aprobó esta celebracion en virtud de la dispensa otorgada, y sabido es que esta aprobacion basta por ser el obispo el primer pastor de uno y otro de los contraentes.

El tercer caso es aquel en que solo se echaron proclamas en la parroquia de una de las partes, cuyo párroco fué el que celebró el matrimonio sin el consentimiento del otro. En este caso sostiene el autor de la referida memoria, que el matrimonio es nulo por faltar de todo punto el concurso del cura del otro contraente.

Para probar esta tesis empieza sentando que asi el concilio de Trento como los reyes franceses en sus edictos *se propusieron por objeto evitar la clandestinidad de los matrimonios, y para conseguirlo creyeron que no habia otro medio mejor que el de prescribir la necesidad de la presencia (ó consentimiento) del cura propio*. Exigieron esta presencia como una formalidad y solemnidad esencial, cuya falta causase la nulidad y clandestinidad del matrimonio.

La clandestinidad que hace nulo el matrimonio celebrado fuera de la presencia ó sin el consentimiento del cura de los contraentes, consiste en dos cosas: 1.ª en la falta de una formalidad y de una solemnidad que la ley exige bajo pena de nulidad; 2.ª en el perjuicio que la inobservancia de esta formalidad podria con frecuencia acarrear á terceras personas, privándolas del conocimiento de un matrimonio que quizás tengan interés en saber y evitar.

Presupuesto todo esto, entra dicho autor en la cuestion de si estos dos caracteres de clandestinidad se encuentran ó no cuando el matrimonio se celebra por el cura de uno de los contraentes sin el concurso y consentimiento del que lo sea del otro; y defiende que efectivamente se encuentran.

1.° Se encuentra la falta de formalidad. La disposicion de la ley que exige la presencia ó el consentimiento del cura *de los contraentes*, no se halla entera y suficientemente cumplida, por mas que el matrimonio haya sido celebrado por el cura de uno de ellos, sin empero el concurso y consentimiento del que lo es del otro. Basta para convencerse de esto atender el espíritu del concilio al prescribir esta solemnidad y formalidad que nuestros reyes adoptaron.

El espíritu del concilio fué restablecer entre los cristianos la antigua disciplina de la iglesia, á tenor de la cual los fieles no debian casarse sin instruir á la iglesia del enlace que iban á contraer para obtener su dictámen y aprobacion, segun se desprende de aquel pasage de Tertuliano: *Nuptiæ non prius apud ecclesiam professæ, juxta mœchiam judicari periclitantur*. Insiguiendo pues el espíritu de esta antigua disciplina, impone el concilio de Trento á los fieles que quieran casarse, la obligacion de informar de su proyecto á la iglesia particular de que són miembros, al menos en la persona de su cura que es su gefe y la representa. Por esto manda que el matrimonio sea celebrado por el cura ó previo su consentimiento.

Esta obligacion pesa sobre la una y la otra de las partes; una y otra deben pues cumplirla para que pueda decirse con verdad que se han observado las formalidades prescritas por el concilio. Es de ahí que aun cuando el matrimonio haya sido celebrado por el cura de uno de los contraentes que son de diferentes parroquias, no se pueden considerar llenadas dichas formalidades, si el otro contraente no ha hecho concurrir su párroco al matrimonio, encargándole al menos la publicacion de las proclamas. Hé aqui como ese matrimonio tiene el primer caracter de clandestinidad que consiste en la inobservancia de la formalidad y solemnidad prescritas para la celebracion de los matrimonios.

2° Es todavia mas evidente que el tal matrimonio encierra el segundo carácter de clandestinidad consistente en el perjuicio que la falta de formalidad puede acarrear á terceras personas quitándoles el medio de venir en conocimiento de un matrimonio que tengan interes en evitar. Porque aun cuando haya sido celebrado por el cura de una de las partes, no será regularmente por conducto de ese, sino por el del otro sin cuya noticia se procuró celebrarlo, por el cual podian y debian ser enterados del matrimonio proyectado los que tenian interes en saberlo para evitarlo, y á quienes por ese medio se les privó de conseguirlo.

Supongamos que un joven que deseaba contraer un matrimonio poco ventajoso, vergonzoso tal vez con una muchacha de otra parroquia distinta de la suya, haya sido casado por el cura de su novia, sin haber hecho publicar las moniciones por su propio párroco. Por mas que el matrimonio haya sido celebrado por el párroco de una de las partes, no obstante nuestro joven no dejó por esto de privar á sus parientes del conocimiento que les interesaba tener del mismo, ya que no pueden vigilar mas que acerca de lo

que pasa en la parroquia de ese joven y no en la de su novia á quien tal vez no conocen, ni saben quien sea.

En seguida el Sr. d'Aguesseau combate la distincion que tal vez quisiese hacerse entre el matrimonio de menores y el de mayores de edad. Se admite facilmente que siendo menores los contraentes ó uno de ellos sea nulo el matrimonio celebrado sin conocimiento ni intervencion del cura del menor, pero se niega que asi sea, cuando los dos contraentes son mayores. Hé aqui como fundan esta distincion sus partidarios. Cuando el párroco de una de las partes celebra el matrimonio, el concurso y consentimiento del cura de la otra consiste en la publicacion de las proclamas y en la certificacion que libra de haber practicado este acto. Ahora bien la falta de proclamas segun nuestra jurisprudencia práctica no hace nulo el matrimonio de personas mayores de edad: luego el matrimonio de mayores de edad celebrado por el cura de uno de ellos, aunque sea sin la intervencion y consentimiento del otro no deberá reputarse nulo.

A este argumento contesta d'Aguesseau, que se confunde muy inoportun mente la formalidad de hacer preceder al matrimonio la publicacion de las proclamas, con la de la obligacion impuesta á cada una de las partes de hacer intervenir en su matrimonio el consentimiento del propio cura. Estas dos formalidades son harto diferentes, y si puede á veces prescindirse de la primera, no debe inferirse que pueda hacerse otro tanto con la segunda. No hay inconveniente en que cuando uno y otro de los contraentes han cumplido con la formalidad de hacer intervenir en el matrimonio el consentimiento de su propio cura, haciéndolo celebrar por el que lo es de los dos, se pase por encima de la omision de la formalidad de no haber hecho publicar las proclamas, suponiendo que el matrimonio haya sido contraido públicamente y por personas mayores de edad. Pero media una gran distancia entre esta formalidad que no es mas que un preparativo para el matrimonio, y la otra de que vamos hablando que es una circunstancia esencial de su celebracion misma, y sin la cual el acto no puede ser válido ora se haya celebrado entre mayores, ora entre menores, puesto que no habiendo hecho esta distincion ni el concilio de Trento ni los edictos de nuestros reyes, tampoco debemos hacerla nosotros.

Por fin dicho jurisconsulto rechaza otro argumento de los que

defienden la referida distincion entre el matrimonio de los menores y el de los mayores, por lo tocante á esta formalidad. Ninguna tercera persona puede sentir perjuicio de que celebrado el matrimonio sin intervencion ni consentimiento del propio cura, se le haya privado de tener conocimiento del mismo, porque no podia tener el menor interes en ser instruida, cuando por mas que lo hubiese sido, no habrian podido impedir que se celebrase, ya que los mayores pueden casarse sin el consentimiento de sus parientes. A esto responde el Sr. d'Aguesseau, que por mas que no quepa en las facultades de los parientes de los que son ya mayores de edad oponer un obstáculo insuperable al matrimonio que se propongan contraer, tienen no obstante muy grande interes en ser de él instruidos, puesto que siéndolo pueden con frecuencia ora con retardar su celebracion ora por medio de oportunas y prudentes advertencias hacer abrir los ojos al inconsiderado que esclavizado por la pasion proyectaba un enlace que no le conviene, y persuadirle que desista de su propósito.

A parte de que ese interes que tienen las familias en saber el matrimonio que quiera contraer uno de los parientes, no es mas que una razon accesoria para la obligacion impuesta á las partes de no casarse sin dar conocimiento de ello á su párroco. Esta formalidad de celebrar el matrimonio en presencia ó previo el consentimiento del párroco que afecta á los dos contraentes, tiene otro fundamento que llevamos ya explicado. Asi es que aun cuando no hubiese ese interes que tienen las familias de ser instruidas del matrimonio que piensa contraer alguno de la parentela, no por esto dejaria de importar nulidad la falta de la formalidad que nos ocupa, sin hacer distincion alguna sobre si son menores ó mayores los que se casan.

Es preciso leer la memoria que sobre esta cuestion escribió d'Aguesseau, la cual se halla en el tomo V de sus obras. El análisis que acabamos de hacer, no ha podido menos de debilitar la fuerza y energia de los argumentos que emplea.

ARTICULO III.

SI PUEDE CELEBRARSE EL MATRIMONIO POR PROCURADOR.

---

367. Para que la celebracion del matrimonio en faz de la igle-

sia sea válida, no es necesario que los contraentes la verifiquen por sí mismos: pueden valerse de procurador, con tal que concurran las tres circunstancias exigidas por la decretal de Bonifacio VIII; *cap. fin. de procur. in 6.°*

Es preciso, 1.° que el procurador tenga un poder especial para casar con una persona determinada. Uno á quien hubiese dado poder para casar en mi nombre con la persona que mejor le pareciese, con ninguna podria celebrar el matrimonio en nombre mio.

Es preciso, 2.° que aquel á quien hubiese dado poderes para casarse por mí con alguna persona, practique por sí mismo este acto, sin que pueda subtituir otro en su lugar, á menos que en los poderes hubiese la cláusula de substitucion.

Es preciso, 3.° que los poderes no hayan sido revocados antes de celebrarse el matrimonio; siéndolo, el matrimonio no seria válidamente contraido, aun cuando en el acto de la celebracion ni el procurador ni la persona con quien en mi nombre se casó hubiesen ignorado ni hubiesen podido siquiera saber la revocacion.

En esto es diferente el matrimonio de los demas contratos, los cuales son eficaces contra el mandante, cuando su procurador y aquel con quien este contrató, contrataron de buena fé ignorando la revocacion; *l. 13, ff. mand.* Fúndase esta diferencia en que el consentimiento de las partes es en tanta manera esencial al tiempo mismo de ser celebrado, como que cesando él en virtud de la revocacion, por mas que sea ignorada, no puede por ningun estilo ni razon suplirse.

Concurriendo estas tres condiciones, el matrimonio celebrado por medio de procurador es de todo punto válido. Y aun que las partes reiteran despues la ceremonia de la celebracion, no es esta reiteracion, sino la celebracion primera verificada por el procurador la que da la perfeccion y fuerza al contrato. Enrique IV despues de haberse casado por procurador con Maria de Medicis, consumó su matrimonio en Lyon antes de haber reiterado la ceremonia.

CAPITULO II.

DE LAS COSAS QUE SE REQUIEREN PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CUYA INOBSERVANCIA NO CAUSA NULIDAD.



368. 1.° Si se presentase oposicion á la publicacion de las proclamas, el párroco deberá suspender la celebracion del matrimonio hasta que se le notifique el auto en que se alce la suspension ó embargo No obstante si antes de esto hubiese pasado á celebrarlo, no dejará de ser válido.

Lo será aun cuando la oposicion que no atendió el cura, hubiese sido fundada, como si el opositor tuviese carta de esponsales con uno de los dos contraentes; porque el impedimento resultante de los esponsales antes de ser disueltos, como vimos antes, *n.* 88, no es mas que prohibitivo, no dirimente, el cual por lo mismo no destruye la validez del matrimonio, por mas que haya sido celebrado á despecho de tal obstáculo.

No obstante esto, el cura que faltó á su deber celebrando tal matrimonio, puede ser acusado ante el tribunal eclesiástico á instancias del fiscal, y castigado con la suspension *á divinis* por espacio de tres años; *can. Quum inhibitio, vers. Sanc, extr. de clandest. despons.* Tambien puede encausarle el juez seglar, é imponerle una multa y el pago de daños y perjuicios.

Si no fuese el cura mismo el que hubiese celebrado el matrimonio en que habia habido oposicion, sin hacerse presentar el auto en que se levantase la suspension, sino el vicario ó el clérigo encargado especialmente de la celebracion de los matrimonios de la parroquia; estará sujeto á estas penas no el cura sino su delegado.

Si la oposicion no se hubiese presentado al cura, que ha de celebrar el matrimonio, sino al otro que debió tambien echar las amonestaciones, quien en el certificado que expide de haberlas publicado, atestigua que no hubo oposicion; deberá sufrir las penas señaladas nó el párroco celebrante, sino el que libró el certificado.

369. Aun cuando no se haya presentado oposicion alguna, el ritual de muchas diócesis prescribe que no se celebre el matrimonio el mismo dia de la última proclama, asi para que los que supiesen algun impedimento tengan tiempo para advertirlo al cura, como para que los que quisieren oponerse á la celebracion del matrimonio, puedan hacerlo. Los curas deberán atenerse á esta disciplina donde rija, y si contraviniesen, podrán ser castigados á instancias del fiscal eclesiástico: pero su inobservancia no hará nulo el matrimonio.

370. 2.° Otra obligacion tienen que guardar los curas en la celebracion de los matrimonios, sin que su falta de cumplimiento

perjudique la validez de estos, y es que no lo celebren en las épocas prohibidas sin una autorizacion del obispo. Costumbre antiquísima de la iglesia es la de no permitir que se celebren matrimonios en ciertas épocas del año consagradas á la penitencia, sobre todo en el santo tiempo de cuaresma.

Esta disciplina cuyo origen se pierde en la obscuridad, y que data seguramente de los tiempos apostólicos, se halla establecida por los cánones de algunos de los mas antiguos concilios. El de Laodicea celebrado en 368 que es de los mas antiguos cuyos cánones se conservan, la sanciona en su cánon 52. En Graciano, *caus.* 33, *quæst.* 4, *can.* 10, en Ibo de Chartres, *lib.* 6, *cap.* 2, y en Burchard hallamos un canon que ellos atribuyen al concilio de Lérida, y está concebido en estos términos: *Non oportet in Quadragesima usque ad octavam paschæ, et tribus hebdomadibus ante festivitatem S. Joannis Baptistæ, et ab Adventu Domini usque ad Epiphaniam, nuptias celebrare; quod si factum fuerit, separentur.* Como quiera que este cánon no se halla entre los del concilio de Lérida celebrado en el año 524, y sea incierto de donde fuese sacado, siempre prueba que esta era la disciplina de la iglesia en tiempo de esos autores, y que estos la consideraban muy antigua.

Las épocas en que ademas de la cuaresma no podian celebrarse los matrimonios, eran diferentes, segun los usos de cada diócesis. En algunas partes era costumbre prepararse para la fiesta de San Juan Bautista con unos dias de ayuno, durante los cuales estaba prohibida la celebracion de los matrimonios, de la propia suerte que durante la gran cuaresma. En Inglaterra no podian celebrarse los matrimonios en las grandes festividades, en los dias de ayuno y en las cuatro témporas, ni desde el adviento hasta despues de Natividad, ni desde la septuagesima hasta quince dias despues de Pascua. Asi nos lo enseña el concilio *Ænhalmense* celebrado en 1009, *can.* 18.

El concilio de Trento estableció en este punto una disciplina general y uniforme. Segun ella queda prohibida la celebracion de matrimonios durante el adviento hasta la epifania, y despues del miércoles de ceniza hasta despues de la octava de pascua: en cualquier otro tiempo está permitida: *sess.* 24, *de reform. matr.*, *cap.* 10. Varios concilios franceses confirmaron esta disciplina; y habiendo cundido una opinion popular de que la fiesta de S. José

debia ser exceptuada de la prohibicion de celebrar los matrimonios en tiempo de cuaresma, el concilio de Burdeos celebrado en 1624 declaró que no procedia tal excepcion.

371. Esta prohibicion de celebrar los matrimonios en ciertas épocas del año está muy conforme con el espíritu de la iglesia, en virtud del cual se prohibia antiguamente á los que estaban sujetos á una penitencia pública el uso del matrimonio mientras la cumplian, y aun hoy se exhorta á los que están casados, á que durante estos santos tiempos se abstengan de ese uso: con este objeto sin duda se escogió para la epístola del dia de ceniza una leccion del profeta Joél que dice; *Egredietur sponsus de cubili suo, et sponsa de thalamo suo.*

Un concilio de Rouen llegó hasta el extremo de declarar que los obispos no tenian facultad para dispensar contra esta prohibicion. Muy de desear fuera que no se concediese ninguna dispensa.

El cura que contraviniere á la disciplina, pecaria gravemente; pero no por esto seria nulo el matrimonio (1).

372. 3.° Otra tercera circunstancia que los curas deben observar en la celebracion de los matrimonios, si bien su inobservancia no hace nulos los celebrados, es que no se celebren en las horas en que prohibe celebrarlos la ley diocesana, como no medie dispensa del obispo ó de su vicario general.

373. 4.° Por fin el cura debe observar en la celebracion de los matrimonios todas las ceremonias y rezar todas las oraciones que el ritual de la diócesis prescriba. Toda omision en este punto será punible, sin afectar por esto la validez del matrimonio.

CAPITULO III.

DEL TESTIMONIO QUE DEBE LEVANTARSE PARA PRUEBA DEL MATRIMONIO.



374. Segun nuestras ordenanzas, los curas deben tener dobles registros en que anoten puntualmente los bautizos, matrimonios y sepulturas. Deben hacerlos numerar y rubricar en la primera y

(1) En España en cualquier época del año se celebran los matrimonios, con la sola diferencia que en el tiempo en que el concilio tridentino prohibe su celebracion, se verifica solo el contrato ante el párroco y testigos sin pompa ni ceremonia; despues en tiempo permitido se celebra la *velacion*, ó sea, misa de desposados y solemne bendicion del matrimonio.

última página por el juez real del lugar. Uno de los dos ejemplares debe quedar en la parroquia, y el otro debe ser enviado al tribunal real para ser archivado. A la muerte del cura, los registros son sellados para entregarlos en seguida á su sucesor.

375. Tan luego como el cura ú otro sacerdote haya celebrado un matrimonio, debe inscribirlo en dichos registros, especificando el nombre, apellido, edad y calidad de los contraentes, sin olvidar la circunstancia de si son ó no hijos de familia, ó se hallan en poder de tutores ó curadores.

Debe hacer constar asimismo los testigos que asistieron al acto, los cuales deberán ser cuatro al menos, que sepan firmar y sean mayores de excepcion, es decir varones, de veinte años por lo menos, de aquel vecindario, sin tacha ni infamia. Debe declarar tambien si son parientes de los contraentes y en que grado. Debe hacer firmar el acta por los contraentes ó expresar que no saben, por los testigos y firmarla él mismo.

376. Este testimonio es una verdadera escritura pública: nuestras leyes atribuyen la calidad de notario al cura ó sacerdote celebrante.

377. Si se hubiese cometido algun error en la redaccion de la nota, no podria el cura reformarla de propia autoridad. Debe acudir ante el juez seglar, quien oidos los testigos que justifiquen el error, en virtud de la sumaria informacion que decreta, autoriza la correccion; este auto deberá el cura copiarlo ó extractarlo al margen de los registros.

378. Estos testimonios prueban los matrimonios y los parentescos que de ellos nacen. No obstante si se hiciese constar que los registros se perdieron, ó que el cura no los tenia, podria hacerse la prueba por testigos y aun por las notas privadas de los padres que hubiesen muerto.

La razon es porque el matrimonio queda perfeccionado por el solo consentimiento de las partes: la anotacion en los registros parroquiales se exige solo para probar su celebracion: mas no hace que no pueda probarse de otra manera, cuando no es posible hacerlo en la forma prescrita.

PARTE QUINTA.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO, Y DE SUS EFECTOS CIVILES.



CAPITULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

ARTICULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE LAS PERSONAS QUE SE CASAN, CONTRAEN EN VIRTUD DEL MATRIMONIO LA UNA A FAVOR DE LA OTRA.

379. Las personas que se casan contraen con el matrimonio la obligacion recíproca de vivir de consuno en una union perpetua é inviolable, mientras subsista el matrimonio que no debe disolverse sino por la muerte de una de las partes, y de tratarse por consiguiente como dos personas qua en cierta manera no son mas que una: *Erant duo in carne una.*

§. 1.

Obligaciones del marido.

380. El marido está obligado á recibir en su casa y compañia á la muger, y á tratarla maritalmente, es decir, proveerla de todo lo necesario á la vida, segun sus facultades y estado. Debe amar á su muger, suportar sus defectos y hacer de manera de

corregirla por medios suaves: debe guardar con ella una racional complacencia sin favorecer empero sus malas inclinaciones. Cuando ni él ni su muger tienen bienes de fortuna con que atender á las necesidades de la vida, estará obligado á trabajar de su oficio para ganar la subsistencia tanto de su muger como la suya propia. Finalmente ha de cumplir con el débito conyugal cuando su esposa se lo pida, y no puede tener relaciones carnales con otra muger faltando á la fidelidad que le prometió.

381. De la obligacion que el marido contrae de recibir en su casa y compañia á su muger, deriva una accion civil que competerá á esta siempre que su marido la echase, y rehusase recibirla, para compelerle ante un tribunal á que la admita. Si el marido, persistiese en su negativa, podrá la muger pedir que sea condenado al pago de aquella cantidad que al juez parezca conveniente, caso de no obtemperar el fallo.

Tal negativa por parte del marido podria dar lugar á una instancia de separacion de habitacion, si la muger creyese conveniente promoverla.

Las demas obligaciones que acabamos de referir, conciernen mas bien al fuero interno, que al externo.

§. II.

Obligaciones de la muger.

382. La muger por su parte se obliga á seguir á su marido donde quiera que él juzgue oportuno establecer su domicilio, como no sea fuera del reino. Debe amarle, y someterse á su voluntad y obedecerle en todo cuanto no sea contrario á la ley de Dios, y sobrellevar sus defectos, y trabajar en cuanto sus fuerzas alcancen para bien de la casa y familia. Por fin ha de pagar el débito conyugal, cuando su marido se lo pida, sin que pueda tener relaciones carnales con otro hombre y á no dispensar ningun favor de esta especie, pues seria faltar á la fidelidad prometida.

383. De la obligacion que contrae la muger de seguir á su marido, nace una accion civil que compete á este para compelerla á que vuelva á su casa, si la hubiese abandonado. No cabe excepcion alguna contra tal demanda. Asi es que no será atendida, aun cuando diga que son contrarios á su salud los aires del lugar en que su marido reside, ó que reinan en él enfermedades contagiosas

Tampoco le servirá alegar que su esposo la trata mal, á no ser que hubiese presentado una demanda de separacion de habitacion fundada en estos malos tratos.

El marido no solo tiene accion contra su muger que hubiese abandonado su casa, sino que la tiene tambien contra los que la hubiesen admitido en su compañia, aun que fuesen los padres de ella, para obligarles á que la desechen.

ARTICULO II.

DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL MATRIMONIO A LOS PADRES PARA CON SUS HIJOS, Y A LOS HIJOS PARA CON SUS PADRES.

---

§. I.

Obligaciones del padre y de la madre.

384. Las personas que se casan, contraen una obligacion natural de criar á los hijos de su union, procurándoles los alimentos necesarios y una educacion proporcionada á su estado hasta que se hallen en situacion de ganarse su subsistencia. Si hubiese padres tan desnaturalizados que pudiesen faltar á deber tan sagrado, el ministerio fiscal excitado por denuncia de los parientes podria instar contra ellos, previa informacion justificativa de los malos tratos y de la falta de alimentos, á fin de que el juez ordenase lo que creyese conveniente.

Tales podrian ser los malos tratos y la privacion de los alimentos, que fuese peligroso obligar á los hijos á vivir en casa de sus padres. En tal caso puede el juez encomendar su educacion á alguno de la familia, y obligar á los padres á pagar la pension competente.

385. Por mas que la obligacion de los padres cese cuando los hijos llegan á edad en que pueden por sí mismos procurarse la subsistencia, no obstante si un hijo de tal edad hubiese caido en la indigencia, sin que sus achaques le permitan trabajar para vivir, renaceria la obligacion de los padres que podrian ser compelidos á dar alimentos á un tal hijo, segun su estado: *l.* 5, §. 7, *de agn. et alend. lib.*

Un hijo podria entablar esta demanda, aun cuando hubiese ya recibido de sus padres una cantidad de dinero ú otros efectos para establecerse de su cuenta, y hubiese perdido este capital por su mala conducta. Su presente indigencia presta suficiente motivo para su demanda.

Solo una ofensa muy grave hecha por el hijo á sus padres, una de las que las leyes señalan como motivo de exheredacion, podrá hacer ineficaz la referida peticion del hijo; *d. l.* 5, §. **11**. Mas aun en este caso, segun el fuero interno, no pueden los padres negar los alimentos necesarios á su hijo; porque esto fuera en cierto modo hacerse culpables de homicidio ante Dios; *Necare videtur et is qui alimenta denegat*; *l.* 4, *ff. d. tit.*

386. Esta obligacion de alimentar á los hijos pesa sobre la sociedad conyugal ó la comunidad de los bienes, si la hubiese entre los cónyuges. Si no la hubiese, cada uno de ellos debe contribuir por mitad, en el supuesto de que uno y otro tengan con que hacerlo, pues de lo contrario la parte que tenga bienes deberá pagarlo todo.

387. Las obligaciones de los padres para con sus hijos se extiende tambien á los nietos, pero esto no es mas que subsidiariamente, es decir, si los nietos no tienen ni padre ni madre que se hallen en estado de poder subvenir á sus necesidades.

388. Otra obligacion de los padres para con sus hijos es la de dejarles una parte de sus bienes al morir, á no ser que ya en vida se la hubiesen anticipado: esta porcion de bienes se llama *legítima*.

§. II.

Obligaciones de los hijos.

389. Los hijos por su parte deben amar y honrar á sus padres, obedecerles y asistirles en sus necesidades, en cuanto sus facultades alcanzaren.

La obediencia que los hijos deben á sus padres, es sin límites, mientras subsiste la patria potestad. Han de obedecerles en todo cuanto les manden, con tal que no sea contrario á la ley de Dios. Mas terminada la patria potestad, al alcanzar la mayor edad ó al casarse con licencia de sus padres, pueden vivir independientes de ellos, sin mas que guardarles el respeto que siempre les deben, y una deferencia racional á su voluntad.

Los deberes de los hijos para con sus padres comprenden el de no contraer matrimonio sin obtener antes su consentimiento; y aun cuando al llegar á cierta edad les baste pedirlo, pudiendo casarse por mas que se les niegue; no obstante en conciencia deben guardarse de hacerlo á no mediar poderosas razones para ello, sobre todo cuando están en el caso de poder hacer un partido ventajoso á gusto de sus padres. A tanto alcanzan el respeto y deferencia que siempre deben guardarles.

390. De la obligacion que tienen los hijos de proveer á las necesidades de sus padres menesterosos, cuando sus facultades se lo permiten, nace una accion civil que compete á los padres para compeler á sus hijos ante los tribunales á fin de que les presten los alimentos necesarios: *Iniquissimum enim quis merito dixérit, patrem egere quum filius sit in facultate*; *d. l.* 5, §. **13**. La corrupcion de costumbres siempre creciente, y que ha llegado á su colmo en nuestros dias, hace para baldon de la humanidad que tales demandas, ináuditas en otros tiempos, sean ahora muy frecuentes en los tribunales.

Dos cosas deben concurrir para que ellas sean procedentes; 1.ª que los padres carezcan de bienes, y se hallen en tal estado que ni con su trabajo ni con su industria puedan ganarse la subsistencia; 2.ª que los hijos se hallen en estado de subvenirles.

De ahí dimana que si un padre que tiene algunos bienes pretende que por ser ellos insuficientes á cubrir sus necesidades sus hijos le sufraguen los alimentos, para ser atendido debe ofrecerse á condonarles cuanto tiene, menos los muebles necesarios para su uso, con la obligacion por parte de los hijos de pagar, en cuanto dichos bienes alcanzaren, las deudas por el padre contraidas hasta el dia de la condonacion.

En virtud de esta demanda los hijos que se hallan en el caso de poder pagar una pension á sus padres, serán condenados á hacerlo por trimestres anticipados. El juez debe fijar á su arbitrio la pension, tomando en cuenta las facultades de los hijos, la clase y condicion de los padres y el estado de su salud.

391. Cuando la situacion de los hijos no es tan ventajosa que puedan pagar una pension á sus padres; en tal caso si los hijos tie-

nen casa puesta, deberán ser condenados á recibir en su mesa y hogar á los padres, guardandoles todas las consideraciones y dispensándoles todos los cuidados que su estado reclama.

Siendo muchos los hijos y hallandose cada uno de ellos en situacion de poder pagar por si solo toda la pension, deberán ser condenados sòlidariamente á pagarla. Solidaria es la deuda de alimentos siempre que cada uno de los hijos tenga con que satisfacerla; porque cada hijo que tenga facultades, está de por sí obligado por derecho natural á prestar á sus padres todo cuanto necesiten para su sustento, y no una sola parte. La concurrencia de otros hijos, como él acomodados, puede darle un recurso contra ellos para que le ayuden á soportar esta carga, pero nunca librarle respeto del padre de cumplir con el todo de esa obligacion. Luego cada hijo acomodado es deudor del total, *solidum á singulis debetur*, lo cual forma el caracter distintivo de las obligaciones solidarias.

Mas como esta deuda no afecta á los hijos sino en cuanto los medios de cada uno alcanzaren, cuando cada uno de por sí no puede pagar toda la pension sino solo una parte, únicamente deberán ser condenados á pagar una parte cada uno.

Cuando todos los hijos tienen medios con que pagar la pension entera, son condenados á pagarla asi cada uno respeto de sus padres, mas entre ellos cada cual por partes iguales. Empero si alguno de los hijos no puede contribuir al pago de la pension con una porcion igual á la de los demas, sino menor, solo deberá ser condenado al pago de la pension adecuada á sus facultades, el resto deberán pagarlo sus hermanos que estén mas acomodados.

Ejemplo: Supongamos que el juez hubiese fijado en 6,000 rs. la pension de un padre que tiene tres hijos, de los cuales dos se hallan bien acomodados, en estado de pagar cada uno de por sí la pension entera, y el otro tan malparado que por mas que quisiera no puede contribuir mas que con mil rs. para el pago de dicha pension; el juez en este caso deberá condenar á los dos hijos ricos á pagar de mancomun los seis mil rs. anuales, y al pobre solo á pagar mil.

Si entre los hijos hubiese alguno que no puede contribuir con nada al pago de la pension, solo los que esten acomodados deberán ser obligados al pago de la misma.

Cuando ninguno de los hijos se halla en estado de pagar una pension, y solo en el de recibir á sus padres en su casa y mesa, si solo el padre ó la madre sola pidiese alimentos, los hijos deberán ser condenados á recibirle por turno durante una parte proporcionada del año, empezando por el mayor. Si fuesen cuatro, por ejemplo, deberán recibirle por turno tres meses cada uno. Si los dos, el padre y la madre, pidiesen alimentos, como pudiera ser demasiado pesada la carga de recibir los dos á la vez, podrá compartirse entre los hijos, encargando á los unos el padre, y la madre á los otros.

Si entre los hijos hubiese algunos sin casa ni hogar, criados, por ejemplo, ó jornaleros que viven en casa de sus amos ó de huespedes, si el juez cree que pueden contribuir con algo para los alimentos de los padres, podrá condenarles á pagar á sus hermanos que se encargan de tenerlos en casa, una pequeña cantidad proporcionada á sus escasas facultades.

¿Puede un hijo que no hubiese sido dotado, ni recibido nada de sus padres, dispensarse bajo tal pretexto de contribuir por su parte para el pago de alimentos á sus padres, cuando tiene medios para hacerlo, echando esta carga sobre los que hubiesen sido dotados? No; porque no es el dote la causa de que emana la obligacion que tiene un hijo de alimentar á sus padres: su calidad de hijo, la indigencia de los padres y el hallarse él con medios para subvenirles son las únicas causas de esta obligacion, causas que asi concurren en los hijos dotados, como en los indotados.

392. Los hijos deben solo sufragar á sus padres las cosas necesarias á la vida, y no pagar sus deudas: *Parens quamvis alia filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere rescriptum est*; *l.* 5, §. 16, *ff. de agn. liber.*

393. De la propia suerte que, segun antes dijimos, la obligacion que incumbe á los padres de dar alimentos á sus hijos, se extiende á los nietos, aunque solo subsidiariamente; asi tambien la obligacion que tienen los hijos de darlos á sus padres, se extiende á los abuelos, bisabuelos y otros parientes en linea recta ascendente, pero solo subsidiariamente, es decir, si las personas por las cuales el hijo desciende de ellos, no viven ó no se hallan en estado de subvenirles.

§. III.

De las obligaciones respectivas de los padres y de sus hijos naturales.

394. La obligacion que tienen los padres de alimentar á sus hijos, comprende aun á los nacidos fuera de matrimonio, de ayuntamientos ilícitos. Hallándose embarazada una soltera ó viuda de cierto hombre, en virtud de la querella que pone contra él, si confiesa ó se halla convicto, deberá ser condenado á encargarse del niño, á hacerlo educar y á darle los alimentos necesarios, á presentar cada tres meses al fiscal un certificado de que cumple con estos deberes, y á hacer que se le enseñe á dicho niño un oficio cuando se halle en estado de aprenderlo, á fin de ponerlo en estado de que pueda ganarse la subsistencia.

Si el hombre negase haber tenido relaciones carnales con la querellante, le bastará á esta probar que él la trató con mucha familiaridad y con ciertas particularidades para declararlo convicto, y en consecuencia obligarle á encargarse del niño.

Si el padre no fuese conocido, ó no tuviese facultades para encargarse del niño, deberá verificarlo la madre.

395. Por el contrario un hijo natural está obligado, aun en el fuero externo, á dar alimentos á sus padres, si ellos se hallan indigentes y él acomodado. Esto se entiende con tal que el padre ó la madre no tengan hijos legítimos que cumplan con este deber.

CAPITULO II.

DE LOS EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO.



En el articulo primero veremos cuales sean los efectos civiles del matrimonio: en el segundo trataremos de la legitimacion de los hijos nacidos antes del matrimonio que es uno de los principales efectos civiles de este: en el tercero hablaremos de ciertos matrimonios que aunque válidos se hallan privados de los efectos civiles; y finalmente en el cuarto de la buena fe que da los efectos civiles á un matrimonio nulo.

ARTICULO I.

CUALES SON LOS EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO.

396. Los efectos civiles del matrimonio son, 1.° que confirma todos los pactos y donaciones puestas en las capitulaciones matrimoniales; porque todos esos pactos y donaciones dependen de una condicion tácita, *si nuptiæ sequantur*, condicion que no puede decirse cumplida sino por un matrimonio que tenga sus efectos civiles. Si el matrimonio celebrado por los que firmaron las capitulaciones matrimoniales, no hubiese sido válidamente contraido, ó siendolo no produjese los efectos civiles, todos los pactos y donaciones en dichas capitulaciones puestos serán nulos y de ningun valor, *ex defectu conditionis*. Por lo demas el hombre debe devolver á la muger ó á sus herederos todo cuanto de ella hubiese recibido, porque se encuentra que lo reibió sin título, y que ninguno tiene para conservarlo. A esto puede compelérsele no *actione dotis*, ya que no hay dote donde no hay matrimonio con sus efectos civiles; *Dos sine nuptiis esse non potest*; sino por la que se llama *condictio sine causa*.

397. 2.° En los paises en que hay comunidad de bienes ó sociedad conyugal entre marido y muger aun cuando no se haya estipulado, no existe este efecto civil del matrimonio entre un hombre y una muger que se hallan unidos por una union que ninguno de estos efectos produce. Lo mismo debe decirse respeto de losderechos de viudedad.

398 3.° Tambien es uno de los efectos civiles del matrimonio la afinidad que cada uno de los cónyuges contrae con los parientes del otro; y este efecto tampoco podrá producirlo un matrimonio que ninguno produzca.

Bien es verdad que aun cuando el matrimonio no produzca efectos civiles, ni haya sido tan siquiera celebrado válidamente, solo el trato carnal entre un hombre con una muger produce una afinidad entre cada uno de ellos y los parientes del otro; mas la tal afinidad meramente natural no tiene mas efecto que el de crear

un impedimento dirimente dentro ciertos grados, como llevamos explicado mas arriba. Solo los matrimonios que producen los efectos civiles, forman la afinidad civil que es atendida en todos los actos de la sociedad civil.

399. 4.º La patria potestad sobre los hijos que nacen del matrimonio, es tambien uno de sus efectos civiles. Muy diferente de la patria potestad de los romanos, es comun entre nosotros al padre y á la madre, solo que la ejerce el padre solo mientras vive. Verdad es que por mas que no haya sido válidamente contraido un matrimonio, no dejan por esto de estar obligados los hijos á cumplir con sus padres los deberes naturales; pero solo, el matrimonio válido y con todos sus efectos civiles dá á los padres la patria potestad en toda su extension.

400. 5.º Efecto civil propio del marido es la potestad marital, que él adquiere en virtud del matrimonio sobre la persona y bienes de su muger, de la que formaremos un tratado á parte.

401. 6.º Otro efecto civil del matrimonio que concierne solo á la muger, es que ella toma el nombre de su marido. Esta costumbre está fundada en que se reputa como que despues del matrimonio son una misma carne con el marido, que es la parte predominante: *Erunt duo in carne una* (1).

402. 7.º Fundado en el mismo principio que el antecedente, produce el matrimonio otro efecto civil, y es el de que la muger deba seguir la condicion de su marido. Aun cuando fuese plebeya se hace noble enlazándose con un hombre que lo sea, y participa de sus títulos, si él los tiene: será condesa, duquesa, baronesa etc., como su marido sea conde, duque ó baron. Participa asimismo del rango, honores y preeminencias y privilegios de su marido; y esta nobleza, títulos y distinciones los conserva mientras se mantenga viuda de él.

Por el contrario si una muger noble casase con un plabeyo, pierde su nobleza, mientras subsiste el matrimonio, ya que debe ser considerada como de igual condicion á la de su marido; empero disuelto el matrimonio, vuelve á disfrutar otra vez de su no-

(1) En casi todas las provincias de España, excepto el antiguo principado de Cataluña, la muger conserva su propio apellido, siendo muy de notar que al paso que en el lenguage de la culta sociedad de las provincias en que se habla el idioma castellano, vemos introducirse la costumbre francesa, en Cataluña sucede al revès, ya que no en el modo de hablar, en los escritos. (*N. de los trad*).

bleza que estuvo como eclipsada por la interposicion de la persona del marido.

403. 8.º Aun produce el matrimonio otro efecto civil fundado en el citado principio, tal es el de que la muger casándose pierde su domicilio y toma el de su marido, y esto desde que el matrimonio adquiere toda su perfeccion por medio de la bendicion nupcial, sin que sea necesario que se traslade á la casa de su marido. Asi es que luego de casada deja una muger de estar sugeta a las leyes de su provincia, si es diferente de la de su marido, y lo está á las de la provincia de su marido.

404. 9.º Otro de los efectos civiles del matrimonio es que por él adquiere la muger, en caso de sobrevivir al marido los derechos de viudedad ó sobrevivencia que le conceden las costumbres de cada provincia.

405. 10.º Efecto civil del matrimonio es tambien el que los hijos en él habidos adquieran al nacer la nobleza de su padre, como no sea una nobleza personal, no transmisible. Mas si la madre fuese noble y no el padre, no lo serán los hijos, pues estos siguen la condicion del padre.

406. 11.º El matrimonio da asimismo á los hijos los derechos de familia de su padre y de su madre, como armas, derechos de sepultura, de capilla, patronato, etc. En cuanto á esos derechos de familia de la madre, es del caso observar que no los adquieren los hijos, si el que los adquirió ó fundó los hubiese vinculado en su descendencia por línea de varon.

407. 12.º El principal derecho de familia que el matrimonio da á los hijos en él habidos, es el de parentesco civil no solo con sus padres, sino tambien con todos los parientes de uno y otro de ellos. Fórmase en verdad un parentesco en virtud de uniones ilícitas, pero es meramente natural. El parentesco civil solo lo producen los matrimonios que tengan efectos civiles.

Este parentesco civil da á los parientes entre sí el derecho de sucesion activa y pasiva y el de retracto de abolengo. Del mismo parentesco y afinidad civil deriva el derecho que tienen los cognados y afines de nombrar tutores ó curadores de entre ellos mismos, siempre que haya alguno que los necesite; y los nombrados deberán aceptar el cargo, con tal que no tengan una excusa legítima.

408. 13.º El derecho de legítima que compete á todo hijo en

los bienes de su padre ó de su madre, es tambien otro de los efectos civiles del matrimonio, ya que solo los hijos de un matrimonio que tales efectos tenga, podrán pretenderlo.

14.° Por fin uno de los principales efectos civiles del matrimonio es el de legitimar los hijos que hubiesen tenido los contraentes antes de la celebracion del mismo. De este derecho vamos á hablar con toda extension en el siguiente

ARTICULO II.

DE LA LEGITIMACION QUE OPERA EL MATRIMONIO, DE LOS HIJOS HABIDOS DE RELACIONES QUE ANTES DE CELEBRARLO HUBIESEN TENIDO LOS CONTRAENTES.

——

Acerca de esto vamos á ver, 1.° de donde deriva esta legitimacion, y en que razones se funda; 2.° que hijos pueden ser de esta suerte legitimados; 3.° que matrimonios pueden producir esta legitimacion; 4.° de que suerte se verifica; 5.° que efectos produce.

§. I.

Del origen de la legitimacion que se opera por el matrimonio, y de las razones en que se funda.

La legitimacion de los hijos *per subsequens matrimonium* trae su origen de una ley del emperador Constantino que no ha llegado hasta nosotros; pero el emperador Zenon nos da á conocer su contenido en la ley 5, *cod. de rat. lib.* Dice esta ley que Constantino habia decretado que cuando un hombre tenia hijos de una muger de condicion ingenua, á la cual hubiese tratado como concubina, sin tener por otra parte hijo alguno de su matrimonio legítimo que anteriormente hubiese contraido, el matrimonio legítimo celebrado posteriormente con la antigua concubina, no solo le daba á esta los títulos de consorte legítima, *justa uxor*, sino que tambien daba el título y los derechos de hijos legítimos á todos los hijos que tal hombre hubiese tenido con ella, mientras era solo su concubina, de la propia suerte que si hubiesen nacido de legítimo matrimonio, por lo cual eran considerados como *sui hœredes* y sucedian al padre aun junto con los otros hijos nacidos posteriormente del matrimonio sin distincion alguna.

El emperador Zenon por dicha ley 5 ordena la observancia de la constitucion de Constantino, pero solo respeto de los hijos nacidos, derogandola en cuanto á los que en adelante nacieren *ex concubinatu*, y no permitiendo que puedan ser legitimados *per subsequens matrimonium* que su padre contrajese con su madre, ya que el padre debe imputarse á sí mismo el no haber celebrado con ella desde un principio un matrimonio legítimo.

409. Parece que despues se restableció la legitimacion que Zenon habia derogado, pero con algunas restricciones. Unos querian que los hijos *ex concubinatu* no fuesen legitimados ni admitidos *tamquam sui hœredes* á la herencia del padre, sino solo en el caso en que del matrimonio posteriormente celebrado con la concubina no hubiese nacido hijo alguno. Otros sentaban una restriccion diametralmente opuesta, y pretendian que solo tuviese lugar la legitimacion cuando habia hijos de ese matrimonio por cuya mediacion pudiesen ser comunicados á los hijos *ex concubinatu* los derechos de *sui hœredes*. Justiniano por las leyes 10 y 11 *cod. d. tit.* reprobó estas restricciones, y restableció el derecho sancionado por Constantino acerca de esta legitimacion.

Hasta le dió mayor extension con sus novelas constituciones en dos puntos: 1.° en que asi como Constantino no habia querido que los hijos habidos de una concubina pudiesen ser legitimados *per subsequens matrimonium* cuando el padre tuviese otros hijos legítimos; Justiniano dispuso por el contrario, *novel.* 12, *cap.* 4, que aun cuando el padre tuviese tales hijos habidos del matrimonio legítimo disuelto antes de contraer el segundo con la concubina, en virtud de este pueda legitimar los hijos de la misma habidos anteriormente.

Por la novela 28, cap. 3 y 4 dispensó de obtener del príncipe los derechos de ingenuidad para los hijos, y quiere que aun sin necesidad de que su padre les conceda expresamente la libertad, sean libres é hijos legítimos de pleno derecho en virtud del matrimonio legítimo que su padre contrajese con su madre. Por los términos generales en que esta novela se halla concebida, parece que tampoco exige para la legitimacion de los hijos habidos de una esclava, que su padre no tenga otros hijos legítimos de otra muger.

410. El derecho canónico ha ido todavia mas allá que las leyes romanas. Estas solo concedian la legitimacion *per subsequens ma-*

trimonium respeto de los hijos habidos *ex concubinatu*, es decir, de una union autorizada por aquella legislacion, y que podia considerarse como un matrimonio natural. De tales hijos hablan cuantas leyes acabamos de citar, y ninguna se encuentra que otorge la legitimecion de los hijos que hubiesen nacido de una union ilícita, de una fornicacion.

Asi es que las leyes romanas apenas podrian tener aplicacion entre nosotros cuya legislacion condena el concubinato, sin permitir otra union que la del matrimonio.

El derecho canónico ha querido ser mas indulgente con los hijos nacidos de una de esas uniones ilícitas, ó sease fornicaciones, puesto que ha consentido su legitimacion por medio del matrimonio que posteriormente contraigan sus padres en faz de la iglesia, exigiendo solo que al tener su trato ilícito ese hombre y esa muger se hallasen en disposicion habil para contraer matrimonio uno con otro.

Para fundar esa indulgencia supone el derecho canónico que estas personas al tener su comercio carnal, abrigaban ya la intencion de casarse, y que solo por la violencia de la pasion sucumbieron á las tentaciones, y se anticiparon al tiempo legítimo: que ese comercio es una especie de anticipacion del matrimonio que ya llevaban la intencion de celebrar, y que despues celebraron realmente; y que por consecuencia de todo esto los hijos de tal comercio habidos deben ser reputodos fruto anticipado de dicho matrimonio y como si de él hubiesen nacido. Estas razones hicieron exclamar al papa Alejandro III en su decretal que es el *cap. 6, ext. qui filii sint legit.*: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Este papa no limita su decision, como lo hacian las leyes romanas, á los hijos habidos *ex concubinatu*, que si no era una union legítima, era cuando menos inocente y permitida. Los términos generales en que está concebida, y las razones en que la funda, alcanzan á todos los hijos que hubiesen tenido los padres antes de su matrimonio, aun cuando su union hubiese sido ilícita, como lo es la fornicacion.

411. Se ve que este papa solo quiso exceptuar del principio que sienta, el caso en que los interesados al tiempo de tener las relaciones carnales no hubiesen sido capaces para casarse uno con otro. Por esto añade que si un hombre durante su matrimonio con una

muger hubiese tenido relaciones carnales con otra, aun cuando contrajese matrimonio con esta, despues de disuelto el primero, no quedarian legitimados los hijos habidos de sus relaciones carnales ilegítimas durante su matrimonio legítimo, porque ese hombre no era libre, y no podia á la sazon casarse con su cómplice: *Si autem*, dice aquel papa, *vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius..... quoniam* (1) *matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.*

Fúndase esta excepcion en que el color que se da á la legitimacion suponiendo que el comercio carnal de que nacieron los hijos, se tuvo en contemplacion el matrimonio celebradero, y que fué una especie de anticipacion del mismo, *n. preced.*, no puede en tal caso tener lugar, porque no pudiendo mediar tal matrimonio entre los relacionados, por hallarse ya casado uno de ellos, ú otra causa, no puede suponerse la intencion de celebrarlo, ni que se anticipaba un contrato que era criminal esperar que pudiese realizarse.

412. Los principios del derecho canónico tienen aplicacion entre nosotros, no porque concedamos fuerza obligatoria á las decretales, que ninguna tienen en Francia, sobre todo en una materia como la legitimacion de los hijos; sino porque la equidad y el favor que tales principios encierran, han hecho que fuesen aceptados.

Cuando una joven ha tenido la desgracia de tener relaciones carnales con un hombre, interesa al órden público, que él repare esta falta, y salve el honor de aquella muger casandose con ella. Pero como sucede á veces que el hombre se canse de la que condescendió á sus deseos, ó que sigan con sus ilícitas relaciones, era prudente y justo que las leyes presentasen al hombre algunos alicientes poderosos á inducirle á casarse con su víctima. Seguramente que no podia ofrecerse un motivo mas irresistible que el de otorgar la legitimacion de los hijos habidos fuera de matrimonio, siempre que este se realizase entre los padres: esto hizo el derecho canónico, y ha aprobado el civil. La ternura paternal induce no pocas veces al padre á procurar á sus inocentes hijos los

(1) Estas últimas palabras apesar de ser ten interesantes fueron inconsideradamente omitidas en la coleccion de Gregorio IX con la mira de abreviar; pero se leen en las compibaciones mas antiguas.

títulos y derechos de tales, ante la ley, por medio de su matrimonio con la cómplice en sus extravios.

§. II.

Que hijos pueden ser legitimados por el matrimonio que contraigan sus padres, y en que casos.

413. No cabe duda en que cuando los hijos nacidos antes del matrimonio, viven al tiempo de celebrarse este por sus padres, quedan legitimados, y adquieren los derechos de familia asi en la del padre como en la de la madre, y no solo para sí mismos, sino para sus descendientes, aun que hubiesen nacido tambien antes del referido matrimonio.

Hay alguna dificultad cuando el hijo anterior al matrimonio muere antes de contraerse este dejando descendientes. El matrimonio que los padres de dicho hijo contraigan despues, ¿dará á estos descendientes los derechos de familia? Baldo y algunos otros intérpretes antiguos citados por *Fachin*, *Controv. III*, 56, están por la negativa, fundados en que el hijo no tuvo nunca los derechos de familia, como que estaba muerto cuando el matrimonio de sus padres hubiera podido comunicarselos, y por lo mismo mal pudo transmitirlos á sus descendientes que solo por su conducto podian haberlos adquirido. Bartolo y otros doctores que cita dicho Fachin, estan por la afirmativa que sigue asimismo Perez, *Ad tit. cod. de natur. lib.*, y creo que es la mas conforme. La legitimacion *per subsequens matrimonium* fué introducida no solo en favor de los hijos que los contraentes hubiesen tenido de su union anticipada, sino tambien de todos los que de ellos desciendan, que por cierto no son menos dignos de este beneficio, que aquellos. La ley por medio de la ficcion de la legitimacion purifica el vicio de la union que los contraentes tuvieron antes de su matrimonio, y hace que tal union sea considerada como una especie de anticipacion del matrimonio que despues celebraron, y por consiguiente reputa á los hijos de la propia suerte que á todos sus descendientes como fruto anticipado de aquel matrimonio. En vano se dice que el matrimonio no pudo legitimar á un hijo que habia dejado de existir: nada impide que en obsequio de sus descendientes aun despues de su muerte pueda considerársele como que hubiese sido

siempre legítimo, en virtud de la fuerza retroactiva que para purgar el vicio de la union anticipada y para la legitimacion de los hijos tiene el matrimonio celebrado despues de su nacimiento. Segun la ley *Si filium*, 5, *ff. de grad. et aff.*, cuando un padre despues de la muerte de su hijo adopta á un extraño, el hijo premuerto se reputa hermano del adoptivo, aun cuando hubiese ya muerto al tiempo de la adopcion que era lo que le daba esta calidad. ¿Porqué pues no ha de poderse suponer que el hijo muerto antes del matrimonio haya tenido ya durante su vida el título y los derechos de hijo legítimo, por mas que hubiese dejado de existir al tiempo de celebrarse el matrimonio que en virtud de la legitimacion le hace suponer tal?

414. Para que lo. hijos anteriores al matrimonio puedan ser legitimados con la celebracion de este, los principios del derecho canónico, adoptados por la legitimacion civil, solo exigen que sus padres al tiempo de tener las relaciones carnales fuesen hábiles para casarse el uno con el otro.

De este principio se desprende la solucion de una cuestion que trajo divididos á los antiguos canonistas, sobre si el hijo natural de un simple clérigo aunque provisto de beneficio, puede ser legitimado por el matrimonio que dicho clérigo contraiga despues con su cómplice. No hay duda que puede serlo en virtud del principio sentado, ya que el padre y la madre al tener las relaciones carnales se hallaban en estado de poder casarse el uno con el otro. El beneficio que obtenia dicho clérigo, no era un obstáculo para el matrimonio, solo que casándose lo perdia.

Lo mismo sucederia respeto del comercio carnal que un hombre hubiese tenido con una religiosa novicia El hijo de tal union quedaria legitimado con el matrimonio que sus padres contrajesen despues, porque podian haberlo contraido cuando tuvieron las relaciones carnales, pues solo la profesion solemne habria podido impedirlo, no el noviciado.

La capacidad de contraer matrimonio se reputa existir aun cuando al tiempo de las relaciones carnales hubiese mediado un impedimento de facil dispensacion, por mas que no se hubiese obtenido. Asi es que cuando dos primos se casan por dispensa, son legitimados los hijos que antes hubiesen tenido. La dispensa á la cual se da un efecto retroactiuo, purga el vicio de incesto que su anticipada union habia tenido.

415. Mas si los que tuvieron tales relaciones carnales, hubiesen sido absolutamente incapaces para contraer matrimonio á la sazon, el matrimonio que despues contrajesen, no puede legitimar los hijos de tales relaciones habidos.

Ejemplo: Si un hombre casado hubiese tenido un comercio adulterino con una muger, el matrimonio que despues con ella celebrase no alcanzaria á legitimar los hijos de su adulterio, ya que al tenerlos no podian casarse los padres.

Asi es que debe tenerse como regla general que el matrimonio solo puede legitimar los hijos de un comercio habido *inter solutum et solutam*, es decir, libres uno y otro, y en estado de casarse á la sazon; y nunca podrá purgar el vicio de una union adulterina, ni legitimar los hijos de ella nacidos.

416. Cuestion es muy debatida entre los doctores, si esta regla debe sufrir excepcion tratandose del caso en que una de las partes ignorase que la otra estuviese casada, al tener las relaciones carnales. Los que están por la afirmativa se fundan en el cap. *Ex tenore, extr. qui filii sint legit.*, segun el cual, como veremos mas abajo, *art.* 4, cuando uno contrae de buena fé un matrimonio nulo, creyéndolo legítimo á causa de ignorar el impedimento que lo hace nulo, como si una muger casase con un hombre que no sabe estar ya casado con otra; la buena fé de esta parte hace que se concedan á este matrimonio, aunque nulo, todos los efectos de un matrimonio legítimo, y por lo mismo los títulos y los derechos de legítimos á los hijos de él nacidos. Luego por igual razon, dicen dichos autores, cuando una muger tiene relaciones carnales con un hombre que ignora estar casado, y con quien cree cometer una simple fornicacion, no un adulterio; la ignorancia de esta muger en cuanto á estas circunstancias, debe impedir que las relaciones se consideren adulterinas, y hacer que sean reputadas como una simple fornicacion, cuyo vicio puede purgarse por medio de un matrimonio legítimo que mas adelante celebren.

Finalmente para eludir el principio que no permite que un matrimonio posterior purgue el vicio de un comercio carnal entre personas incapaces de contraerlo á la sazon, suponen dichos doctores que si bien no eran capaces las personas indicadas de contraer un verdadero matrimonio, lo eran para contraerlo putativo, el cual en virtud de la ignorancia de la muger habria producido los efectos de un matrimonio verdadero.

Por el contrario los que rechazan esta opinion, dicen que estableció el papa Alejandro III en términos generales que los hijos nacidos antes del matrimonio no podian ser legitimados por él en el caso en que los padres no se hubiesen hallado en estado de poderlo contraer entre sí al tiempo de tener las relaciones de que esos hijos resultaron, y que por consiguiente los hijos que un hombre casado hubiese tenido con una jóven, no podian ser legitimados por el matrimonio que despues de muerta su muger contrajese con esa joven, y no habiendo hecho distincion alguna sobre si la muger sabia ó ignoraba el estado del hombre con quien tales relaciones tenia; tampoco deben los interpretes hacer tal distincion: *Ubi ex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y por lo tanto debe decidirse indistintamente que el matrimonio no alcanza á legitimar los hijos habidos de una union entre personas que entonces no habrian podido casarse entre sí.

En cuanto al argumento que los partidarios de la excepcion sacan del cap. *Ex tenore*, que es la base de su opinion, debe responderse que es desacertado comparar el caso de aquel canon con el que es objeto de la presente cuestion; por que no hay comparacion entre una muger que cree contraer un matrimonio legítimo casándose con un hombre que ignora sea casado, y otra muger que consiente en tener relaciones que siempre sabe ser criminales, por mas que ignore que sean adulterinas. La primera es completamente inocente, y cree hacer una cosa honesta: la ley toma en cuenta su buena intencion que abriga de dar al estado hijos legítimos en virtud de un matrimonio que cree legítimo, y se la recompensa dando á los hijos de tal union habidos el título y los derechos de hijos legítimos. Por el contrario la muger que tiene relaciones con un hombre, por mas que ignore su estado, no es inocente; aun cuando crea cometer solo una simple fornicacion, y no un adulterio, sabe que comete un acto prohibido por la ley de Dios: *dat operam rei illicitæ*. Su ignorancia, pues, no es inocente, *inculpabilis*, que pueda hacer que sus relaciones deban ser consideradas tales cuales ella creia que eran, y no cuales eran en realidad, es decir como un trato adulterino, cuyo vicio no puede purgar el matrimonio legítimo que ella contrajese despues con el hombre con quien las habia tenido. Luego no hay paridad alguna ni medio de comparacion entre el caso del cap. *Ex tenore* y el de la presente cuestion. El cardenal de Palermo (*Panormitanus*) hace

comprender la disparidad de los dos casos: *Quia contrahens matrimonium*, dice, *dat operam rei licitæ, ideo ignorantia sua excusatur: sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitæ, ideo ignorantia sua non est probabilis nec debet inde consequi præmium, et danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam.* Lo mismo viene á decir Bartolo, *ad l.* 38, §. 1, *ff. ad leg. jul. de adult.* Esta cuestion se presentó ante la gran cámara en la causa de la hija de Tiberio Fiorelli conocido bajo el nombre de Scaramuccia, nacida de relaciones que este habia tenido en vida de su primera muger, con una tal Maria Duval que ignoraba como todo el mundo que fuese casado. Habiendo pretendido dicha hija que habia sido legitimada por el matrimonio que Scaramuccia habia contraido despues de muerta su primera muger con esa Maria Duval, no le fué admitida su pretension: fué fiscal en esta causa Mr. d'Aguesseau quien trata extensamente esta cuestion en uno de sus discursos forenses que es el 47, en el tomo 4 de sus obras.

417. Otra cuestion se ha formado sobre si para que un hijo se repute serlo *ex soluto et ex soluta*, basta que sus padres sean libres al tiempo de su nacimiento, aun cuando al tener lugar las relaciones carnales uno de ellos estuviese casado. Fachin, *Controv. lib.* 3, *cap.* 50 cita un gran número de canonistas respetables que están por la afirmativa, y él se pone de su parte. El principal fundamento de esta opinion lo hallan en lo que dice Justiniano en el título *de Ingenuis* de sus instituciones, á saber, que para que yo sea ingenuo basta que mi madre haya sido de condicion libre al tiempo de mi nacimiento, por mas que no lo hubiese sido antes. La opinion contraria me parece mas razonable. El texto de las instituciones no creo pueda aplicarse á la presente cuestion: el estado de ingenuidad de una persona depende tan solo de la condicion de persona libre que haya tenido su madre; y se ha decidido favorablemente que bastaba que tal condicion la haya tenido la madre ó al tiempo de la concepcion, ó al del nacimiento, ó en el intermedio. Empero en la especie de que tratamos, la capacidad de la legitimacion *per subsequens matrimonium* depende de la calidad del comercio carnal de que el hijo nació. Si este comercio era adulterino, el hijo de él habido no puede ser legitimado: y aun cuando al nacer el hijo sus padres hubiesen sido libres, basta que uno de ellos estuviese casado al tener tal comercio, para que este fuese

adulterino, é hijo de comercio adulterino y por consiguiente incapaz de ser legitimado el hijo de él habido.

§. III.

Que matrimonios producen el efecto de legitimar los hijos anteriormente nacidos.

418. Para que un matrimonio legitime los hijos de relaciones carnales que los contraentes hubiesen tenido antes, es preciso no solo que haya sido válidamente celebrado, sino que ademas debe ser tal que no se halle destituido por las leyes de los efectos civiles. Esto es evidente: el efecto de legitimar los hijos antes nacidos es uno de los principales que ante la ley produce el matrimonio; luego un matrimonio al cual la ley haya privado de los efectos civiles, no podrá causar la legitimacion.

Asi cesa en nuestro derecho la cuestion agitada por los doctores sobre si un matrimonio celebrado *in extremis* legitima los hijos anteriormente habidos. Habiendo privado nuestra legislacion á esos matrimonios de los efectos civiles, segun veremos en el siguiente artículo, claro es que no podrian legitimar los hijos que antes de él hubiesen tenido los contraentes.

419. Matrimonios hay que aunque nulos, obtienen de la ley los efectos civiles en consideracion á la buena fe de las partes ó de una de ellas que ignoraban el impedimento que lo hacia nulo. Pregúntase si pueden causar el efecto de la legitimacion de los hijos habidos en tiempo en que los contraentes eran libres y capaces de casarse entre si? No. Si se atribuyen á ese matrimonio putativo los efectos civiles á fin de que los hijos de él nacidos tengan el título y los derechos de hijos legítimos, es porque son nacidos de una union inocente, al menos por parte de uno de los contraentes: mas los hijos de un comercio carnal anterior á ese matrimonio putativo, como que lo son de un comercio criminal que sabian serlo los que lo tenian, no son dignos de que se traspasen en su obsequio las reglas generales. El vicio de las relaciones de que fueron habidos, no puede purgarse, ni ellos pueden ser legitimados como no sea por la fuerza y eficacia de un matrimonio verdadero que hubiesen celebrado sus padres; y tal eficacia no puede tenerla un matrimo-

nio putativo. Con mayor razon no podrian ser legitimados por un matrimonio putativo los hijos nacidos anteriormente, si los padres al tiempo de tener las relaciones carnales, hubiesen sido ya inhábiles para casarse entre sí, por mas que ignorasen el impedimento; pues entonces ni aun por un matrimonio verdadero podrian ser legitimados tales hijos, segun llevamos dicho antes, *n.* 416.

Asi es que en la sentencia que recayó en el pleito del famoso Juan Maillard, en 15 de marzo de 1674, *tom.* 4, *Journal des Audiences*, los hijos nacidos del trato que Thibault de la Boissiere habia tenido con la esposa de Maillard á quien se creia muerto, por cuya razon Boissiere se casó despues con ella, fueron con razon declarados ilegítimos, sin que hubiese podido legitimarlos el matrimonio que los padres habian contraido posteriormente, y que se halló ser nulo por la reaparicion de Maillard; porque esos hijos ni aun por un verdadero y válido matrimonio habrian podido ser legitimados, á tenor de los principios sentados en el *n.* 416.

420. La desigualdad de condicion de los que contraen el matrimonio, como que segun nuestro derecho no es motivo suficiente á impedir que ese matrimonio sea válido y tenga los efectos civiles, tampoco puede hacer que los hijos habidos anteriormente puedan ser legitimados por el matrimonio que mas adelante contraigan los padres, por mas que algunos antiguos doctores citados por Fachin, *Controv. lib.* 3, *cap.* 53, hayan sido de contrario dictámen.

421. Nadie duda que el matrimonio tiene la fuerza de legitimar los hijos habidos de un comercio carnal anterior, aun cuando entre este comercio y el matrimonio que legitima sus hijos, hubiese mediado otro matrimonio de una de las partes con otra persona extraña que despues hubiese muerto. Hay no obstante una dificultad, y es que para la legitimacion se supone retroceder la celebracion del matrimonio al tiempo en que fueron habidos los hijos, y como hay otro matrimonio de por medio, la retrotraccion no puede concebirse. A esto se responde que la retrotraccion no es del todo necesaria para la legitimacion, bastando que pueda suponerse favorablemente que al tiempo de tener las relaciones carnales abrigaban los interesados la idea de casarse mas adelante, como que aun cuando uno de ellos hubiese cambiado despues de propósito casándose con otra persona, al fin concluyeron por casarse. De esta suerte no hay inconveniente en considerar las relaciones carnales como una anticipacion del matrimonio últimamente contraido, sin que sea obstáculo el otro matrimonio intermedio, ya que tampoco lo fué para que los que anteriormente se habian conocido carnalmente, despues de su disolucion se casasen.

§. IV.

De que manera se verifica la legitimacion.

422. La legitimacion *per subsequens matrimonium* se realiza por la sola fuerza y eficacia del matrimonio que contraen los padres de los hijos anteriormente habidos: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

No es pues necesario el consentimiento de los padres para esta legitimacion, y ni aun está en su poder privar á sus hijos del derecho que la ley les concede mediante el matrimonio.

Menos se requiere aun que estos hijos se presenten bajo el velo nupcial, como en algunas partes se acostumbra. Esta ceremonia no es mas que un reconocimiento solemne de los hijos, la cual es superflua, como los padres los hayan reconocido, de cualquier manera que esto fuese, ora antes, ora despues del matrimonio, en una palabra, siempre que los hijos puedan de cualquier modo probar su estado.

423. Mas dificultad presenta saber si los hijos pueden impedir los efectos de la legitimacion, y hacer que no sean legitimados, protestando por lo que á ellos mira, del efecto del matrimonio. Esta cuestion inutil en los paises en que los derechos de hijo son siempre ventajosos, no lo es en donde la patria potestad ejerce derechos muy considerables no solo sobre los hijos menores [illegible] tambien sobre los mayores, pues entonces estos pod[illegible] oponerse á la legitimacion creyéndola gravosa. Fachin[illegible] *Controv. lib.* 3, *cap.* 54, propone esta cuestion, y se d[illegible] á favor de que los hijos no pueden ser legitimados co[illegible] su voluntad por el matrimonio que sus padres post[illegible]ormente á su nacimiento contraigan. Este autor y los ot[illegible] que cita, se fundan en la novela 91, cap. 11, donde Justi[illegible]ano establece efectivamente que los padres no pueden legitimar á sus hijos contra su voluntad por ninguna especie de legitimacion, *sive..... sive per instrumentorum* (*dotalium*) *celebrationem*; palabras que denotan la celebracion de un matrimonio legítimo. Dicen mas: la legitimacion es un derecho introdu-

cido á favor de los hijos; luego pueden ellos renunciarlo: *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

A esto responden los de la opinion contraria que esta cuestion no debe resolverse por la referida novela, por cuanto los principios admitidos entre nosotros sobre legitimacion están sacados mas bien del derecho canónico que del civil romano que segun dejamos sentado, *n.* 410, tienen poca aplicacion en nuestros tribunales acerca de este punto. Ahora bien puesto que segun el derecho canónico la legitimacion *per subsequens matrimonium* se verifica de pleno derecho por la sola eficacia del matrimonio, ya que la legitimacion se considera introducida no solo á favor de los hijos, sino tambien á favor de los padres; claro está que no pueden los hijos ni destruir la fuerza y eficacia del matrimonio, ni privar á los padres de las derechos que la ley les confiere, renunciando á la legitimacion segun su capricho; de la propia suerte que tampoco los padres por su parte pueden privar á su antojo á los hijos de los beneficios de la legitimacion.

§. V.

Cuales son los efectos de esta legitimacion.

424. La legitimacion de los hijos anteriores al matrimonio que la posterior celebracion de este por los padres opera, produce mayores efectos que los que consigue un bastardo legitimado por rescripto del rey. Este solo concede á los hijos el derecho de llevar el nombre de su padre y usar sus armas con una rotura, pero [illegible] el de suceder ni á su padre di á su madre ni á ninguno de los pa[illegible] de ellos.

Por el [illegible]rario la legitimacion *per subsequens matrimonium* hace tan legitim[illegible] hijos anteriores, como si realmente hubiesen nacido durante el m[illegible]monio, y les concede los mismos derechos sin la menor diferencia, [illegible] á los que durante el matrimonio nacieron, hasta tal punto que conc[illegible] el derecho de mayorazgos á los hijos anteriores al matrimonio sobre [illegible] que durante él hubiesen nacido.

425. Empero si en el tiempo que medió entre el comerc[illegible] carnal de que nacieron estos hijos, y el matrimonio que sus padres celebraron, y en cuya virtud fueron aquellos legitimados, uno de los contraentes, el padre, por ejemplo, hubiese celebrado un pri-

mer matrimonio con otra muger, despues de cuya muerte hubiese pasado á segundas bodas con la madre de los referidos hijos, estos no tendrán el derecho de mayorazgos sobre los hijos de dicho primer matrimonio; porque si bien vinieron al mundo antes que ellos, nacieron sin embargo para la família del padre despues, en virtud del matrimonio posteriormente celebrado, del cual son considerados hijos. Por lo mismo fuera absurdo que los hijos de un segundo matrimonio fuesen mayorazgos respeto de otros hijos de otro primero.

ARTICULO III.

DE CIERTOS MATRIMONIOS QUE POR MAS QUE VALIDAMENTE CONTRAIDOS, NO PRODUCEN LOS EFECTOS CIVILES.

—

PRIMERA ESPECIE.

426. Por declaracion del rey Luis XIII, de 1639, quedan privados de los efectos civiles los matrimonios que se conservaron secretos hasta la muerte de uno de los cónyuges, y los hijos de todo derecho de sucesion, no solo respeto de sus padres, sino tambien de los parientes colaterales. Los descendientes de estos hijos sufren asimismo igual privacion, puesto que sus padres no pueden transmitirles los derechos de sucesion que ellos no tienen.

427. El que tales matrimonios ataca, debe probar su clandestinidad, que resulta de varias circunstancias: 1.ª si la muger no hubiese tomado el nombre de su marido; 2.ª si en las escrituras ó actos civiles la muger se hubiese titulado soltera, ó viuda de un anterior marido; 3.ª si una criada se hubiese casado con su amo, ó un criado con su señora, sin dejar de aparecer como criados á los ojos del mundo. La prueba fundada en estas circunstancias no queda destruida por los certificados que se presenten de haberse publicado las amonestaciones; porque sucede con harta frecuencia que los párrocos las publican de manera que no es facil comprenderlo.

428. La viuda de tal matrimonio pierde tambien los derechos de viudedad, que son un efecto civil del matrimonio.

SEGUNDA ESPECIE.

429. La misma declaracion de 1639 priva de los efectos civiles el matrimonio que celebrase un hombre al morir con quien hubiese vivido amancebado; y esto aun cuando se hubiese celebrado en la iglesia donde se hubiese hecho trasladar dicho sugeto, despues de publicadas las moniciones, ó de obtenida dispensacion de ellas.

430. Los que tales matrimonios atacan, deben probar dos cosas: 1.ª el amancebamiento que precedió al matrimonio; 2.ª que el que lo contrajo se hallaba *in vitæ extremis*.

Se reputa hallarse *in vitæ extremis* todo aquel que se halla en cama postrado de una enfermedad de que es casi seguro ha de morir, por mas que despues sobreviviese algunos meses.

De otra suerte seria si la enfermedad no presentase síntomas de una muerte cercana; y aunque juzgada mortal é incurable, pudiese el que la padece sobrevivir algunos años.

431. Tampoco se reputará celebrado el matrimonio *in vitæ extremis*, por mas que el que lo contrajo muriese de muerte repentina el mismo dia de casarse, con tal que no estuviese enfermo de mucha gravedad al contraerlo.

432. Por mas que el matrimonio hubiese sido celebrado *in extremis*, no estaria privado de los efectos civiles, como pudiese probarse que el que lo contrae, gozando cabal salud habia hecho todo lo posible para contraerlo antes, habiendoselo impedido los obstáculos y oposiciones presentadas á la autoridad por sus parientes colaterales, de que no pudo triunfar anteriormente (1).

TERCERA ESPECIE.

433. Queda tambien privado de los efectos civiles, aunque hubiese sido válidamente contraido, y por mas que subsista en cuanto al vínculo, el matrimonio que contrae uno que perdió su estado civil en virtud de una sentencia que le condenó al último suplicio; dicha *declar. art.* 7.

Ademas de esta disposicion de la ley, era imposible *per rerum naturam* que contraiga matrimonio con los efectos civiles un hombre que por haber sufrido una muerte civil, es reputado muerto para la sociedad, en todo lo concerniente al orden civil.

(1) En España no hallamos disposicion alguna que prive de los efectos civiles ni á los matrimonios contraidos *in extremis vitæ*, ni á los que se conservaron secretos en vida de uno de los contraentes. (*N, de los traduct*).

434. Muerta antes de cumplirse cinco años una persona condenada en rebeldia á la pena capital sin haber comparecido en dicho tiempo; si en el intermedio de su ausencia se hubiese casado; ¿su matrimonio tendria las efeetos civiles? Si; porque durante los cinco años su estado civil se halla suspendido mas bien que perdido, y muriendo dentro los cinco años, muere *integri status*, y se reputa no haberlo perdido jamas.

435. Es de notar que si la muger que se casa con un hombre privado del estado civil, ignorase esta circunstancia, su buena fé daria al matrimonio los efectos civiles, segun veremos en el artículo siguiente.

436. Fáltanos hacer una observacion general acerca de los hijos que de estas tres especies de matrimonios nacieren; y es que estos hijos no tendrán seguramente los derechos que los efectos civiles del matrimonio dan á los hijos, como los de familia, de sucesion, de legítima etc.; pero como el matrimonio de que proceden, es un verdadero matrimonio, no serán bastardos, y podrán por lo mismo ser promovidos á las órdenes sagradas y á los beneficios eclesiásticos.

ARTICULO IV.

DEL CASO EN QUE UN MATRIMONIO, POR MAS QUE NULO, PRODUCE LOS EFECTOS CIVILES QUE LE DA LA BUENA FE DE LAS PARTES CONTRAENTES.

---

437. El caso en que un matrimonio nulo produce los efectos civiles, es cuando los que lo contrajeron, procedian de buena fe, y una causa justa excusaba la ignorancia en que se hallaban acerca del impedimento que lo hacia nulo.

Ejemplo: Supongamos que una muger casada con un militar á quien se hubiese visto tendido en un campo de batalla entre los muertos, y se le creia muerto por lo mismo, aun cuando en realidad no lo estuviese, se hubiese casado con otro hombre en vista de la fe de óbito de ese primer marido librada en toda regla por la mayoria del regimiento. Si despues de mucho tiempo de celebrado este segundo matrimonio, y de haber tenido hijos de él, rea-

pareciese el primer marido; no hay duda que dicho matrimonio seria nulo. Esto no obstante la buena fe de los contraentes le da los efectos civiles de los matrimonios, respeto de los hijos que de él nacieron. Por consiguiente los hijos de este segundo matrimonio serán llamados á la sucesion de su padre y de su madre, y en la herencia de esta concurrirán con los hijos que hubiese tenido de su primer matrimonio.

¿Como, se dirá, un matrimonio que es nulo, puede dar tales derechos á los hijos de él nacidos? *quod nullum est nullum producit efectum*. A esto respondo que si un matrimonio en cuanto es considerado como nulo, no puede atribuir tales derechos, la buena fé hace que se le considere como válido en cierto modo, pues suple sus vicios, y por consiguiente puede entonces producir aquellos efectos.

438. La buena fe de los contraentes ¿da al matrimonio nulo los efectos de un matrimonio válido aun respeto á las capitulaciones matrimoniales, por manera que la muger tenga los derechos pactados? Sin duda, como que media la misma razon. Dirase que tales convenios llevan siempre consigo la condicion implícita, *si nuptiæ sequantur*, condicion que en nuestro caso no fué cumplida, ya que un matrimonio nulo no es matrimonio. A esto se responde que la buena fe de los contraentes hace desaparecer respeto de esto la nulidad, y hace que se considere cumplida la condicion, de la propia suerte que hace mirar como legítimos los hijos de tal matrimonio nacidos.

439. Si solo una de las partes ignorase de buena fé el impedimento dirimente que hacia nulo el matrimonio que contraia, esta buena fe ¿bastará para dar al matrimonio los efectos civiles y á los hijos los derechos de legitimidad, aun respeto de la otra parte que á sabiendas contraia un enlace nulo? El derecho canónico ha resuelto afirmativamente esta cuestion, y ha llevado hasta este punto el favor dispensado á la buena fé, *cap. Ex tenore*, 14, *ext. qui filii sint legit.*

Este cánon habla de un hombre casado que habia vuelto á casar con una muger que ignoraba su estado; y dice Inocencio III que la buena fe de la madre hace mirar como legítimos los hijos que hubo de un matrimonio nulo, hasta para considerarlos hábiles para suceder al padre que contrajo de mala fe.

Lo mismo fuera si se tratase de un clérigo que lejos de su pais y vistiendo constantemente el traje seglar, fuese creido lai o por todo el mundo, y bajo tal concepto contrajese matrimonio con una muger que de buena fe le creia tal. Sus hijos serian reputados como legítimos, y en cuanto á la muger engañada no queda duda que le cabria el derecho de instar judicialmente el cumplimiento de lo que se le hubiese prometido en capitulaciones matrimoniales, contra el hombre que la engañó, y contra sus herederos, los cuales no podrian oponer en su defensa la nulidad del mataimonio, puesto que esta nulidad procede de un hecho de ese hombre que engañó á una muger y motivó la nulidad ocultando el impedimento que la causaba. Asi una sentencia dada en 22 de enero de 1693 adjudicó á una muger que de buena fé habia casado con un fraile recoleto el cual habia ocultado su estado, la mitad de los bienes gananciales del matrimonio que eran muy cuantiosos, y todo lo que en capitulaciones matrimoniales se le habia prometido.

440. Si la buena fe de uno de los contraentes atribuye á un matrimonio nulo los efectos civiles, con mayoria de razon los atribuye á un matrimonio verdadero, siempre que una de las partes hubiese ignorado de buena fé el vicio que lo privaba de tales efectos; como si una muger se hubiese casado con un hombre despojado del estado civil por una sentencia capital que ella ignoraba, por haber sido dada en pais lejano y antes que ella hubiese conocido á tal hombre. La buena fe da en tal caso al matrimonio los efectos civiles para que los hijos de él habidos sean considerados como legítimos, y puedan suceder á la madre y á sus parientes maternos. Mas no podrán tales hijos suceder en los bienes del padre que quedan confiscados, ni tener los derechos de familia que su padre habia perdido antes de darles el ser.

441. Un matrimonio nulo puede seguramente dar á los hijos de él nacidos los derechos de legitimidad, porque al fin aquella union era inocente, atendida la buena fe de uno ó de los dos contraentes; pero esa buena fe no puede alcanzar á tanto que el pretendido matrimonio con ella celebrado dé esos derechos de legitimidad á los hijos habidos anteriormente de un ilícito ayuntamiento; porque tales relaciones siempre son criminales, y el vicio de que adolecen y que hace ilegítimos á los hijos, no puede purgarse sino en virtud de un verdadero y válido matrimonio.

Ejemplo: Una muger tuvo un hijo de un hombre casado, que ella no sabia estarlo; y despues mas adelante continuando en la

misma ignorancia se casa con él, y tiene de esta union otros hijos. Estos últimos serán legítimos, por haber nacido de un comercio inocente por parte de su madre, que creia haber contraido un matrimonio legítimo; mas el hijo habido del comercio carnal anterior al falso matrimonio, no podrá ser legitimado como hijo de un comercio criminal por una y otra parte, ya que la misma muger sabia que cometia por lo menos una simple fornicacion. Bien es verdad que el vicio de una simple fornicacion puede purgarse con el matrimonio que el hombre y la muger que la hubiesen perpetrado contrajesen, mas como en la especie presente no pudo verificarse un matrimonio legítimo, porque no podia contraerlo un hombre casado ya, es de ahí que tampoco pudo purgarse el vicio del ayuntamiento de que fué habido el hijo.

PARTE SEXTA.

DE LA ANULACION DE LOS MATRIMONIOS, DE SU DISOLUCION, Y DE LA SEPARACION DE HABITACION.

CAPITULO I.

DE LA ANULACION DE LOS MATRIMONIOS.



442. No hay poder para disolver un matrimonio válidamente contraido; porque Dios formó el vínculo de esta union, y el poder humano no alcanza á destruirlo; *Quod Deus conjunxit, homo non separet.*

Mas cuando hay dudas y cuestiones sobre la validez de un matrimonio, el juez debe decidir si fué ó no válidamente contraido; y el fallo en que se declara que no fué válidamente celebrado, es lo que llamamos aqui anulacion del matrimonio.

Sobre esta materia vamos á ver, 1.° quienes pueden presentar demanda sobre la nulidad del matrimonio; 2.° porque via y ante que jueces; 3.° cual es el oficio del juez en tales demandas.

ARTICULO I.

QUIENES PUEDEN INTRODUCIR UNA DEMANDA SOBRE ANULACION DE UN MATRIMONIO.

Pueden pedir la anulacion del matrimonio 1.° cualquiera de las

partes que lo contrajeron; 2.° los padres de ellos; 3.° sus demas parientes; 4.° algunas veces el ministerio fiscal.

§. I.

De las partes que contrajeron el matrimonio.

443. Cualquiera de los dos que contrajeron el matrimonio puede pedir contra el otro la anulacion del mismo, si alega que media un impedimento dirimente que lo hace nulo.

Puede intentar tal demanda aun aquel de ellos que hubiese engañado al otro ocultandole la existencia del impedimento que hacia nulo el matrimonio. Opondranse aquellos principios de derecho: *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem*: *Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*. Mas debe saberse que estos principios se refieren á asuntos en que se trate del interes del demandante; y la demanda de nulidad del matrimonio ademas del interes particular del demandante, tiene un objeto de pública honestidad la cual se resentiria, si se dejase subsistir por mas tiempo un matrimonio que esa misma honestidad y las leyes reprueban. Esta es la causa principal, única que hace admisible tal demanda por tal persona presentada.

444. No obstante en este punto preciso es distinguir los *vicios absolutos* de los que solo son *respectivos*. Llamamos aqui *vicios absolutos* los resultantes de algun impedimento dirimente que se halla en las dos partes como los provenientes de cognacion ó afinidad, ó solo en una de ellas, como los provenientes de un matrimonio anterior, de las órdenes sagradas, profesion religiosa, con que se halla ligado uno de los contraentes, ó bien aquellos vicios que dimanan de haberse omitido alguna de las formalidades prescritas para la celebracion, como si esta no hubiese sido en faz de la iglesia, ó la hubiese autorizado un clérigo extraño sin permiso del obispo ó del párroco.

Llamamos *vicios respectivos* aquellos que se fundan en haber sido violado el derecho de algun interesado, como si no se hubiese obtenido el consentimiento de los padres para el matrimonio de los hijos menores, ó se hubiese hecho violencia á uno de los contraentes para hacerle consentir.

Por razon de vicios absolutos puede pedir la anulacion del matrimonio cualquiera de las partes: mas por vicios respectivos solo la parte que pretendiese que sus derechos habian sido violados.

Ejemplo: Si se hubiese celebrado un matrimonio por un menor sin consentimiento de los padres, solo estos podrian atacarlo: si ellos no lo hacen, presúmese que lo aprueban; y ninguno de los dos contraentes puede pedir que sea declarado nulo por dicha falta.

Asimismo si el consentimiento de uno de los contraentes hubiese sido arrancado por violencia, ó por seduccion, solo el que hubiese sufrido la violencia ó seduccion podria quejarse, y si no lo hace, se presume aprobar su matrimonio, y el otro no podria atacarlo.

445. El vicio fundado en la impotencia de uno de los contraentes, ¿debe considerarse como absoluto ó como respectivo? Por mas que la impotencia sea un impedimento dirimente derivado de la naturaleza misma del matrimonio, segun mas arriba dijimos, sin embargo como por él solo se irroga agravio á la parte con quien el impotente se casó, y secreto como es no perjudica la pública honestidad, no debe considerarse mas que como vicio respectivo, y por consiguiente únicamente aquel con quien el impotente se casó, podrá pedir la anulacion del matrimonio por causa de este vicio, sin que el impotente pueda nunca atacarlo.

Es de notar que no puede atacarse un matrimonio por causa de impotencia de uno de los contraentes, despues de algunos años de cohabitacion, mas que mas si hubiese hijos bautizados como procedentes de este matrimonio, segun se resolvió en una causa muy ruidosa.

§. II.

De los padres.

446. Los padres de un menor que se hubiese casado sin su consentimiento, son idoneos para atacar ese matrimonio, ya que el menosprecio que su celebracion envuelve, de la patria potestad les constituye interesados en su anulacion y aptos para pedirla.

Si el padre hubiese dado muestras de aprobacion hácia este matrimonio despues de celebrado sin su consentimiento, perderia el derecho de atacarlo. Asi se declaró en uno de nuestros tribunales que no podia atacar el matrimonio de su hijo un padre que habia

sido padrino de un niño nacido de este matrimonio sin su consentimiento contraido. *Journ. des Aud. tom.* 3, *lib.* 6, *cap.* 31.

Por igual razon tales muestras de aprobacion destruyen la exheredacion que hubiese hecho el padre contra el hijo que se hubiese casado sin su consentimiento. Mas la bendicion paternal dada al hijo en el lecho de la muerte no es suficiente para hacer creer revocada la exheredacion; puesto que con este acto *censetur patrem remisisse odium, et non satisfactionem injuriæ*, segun lo observó M. Talon, en la sentencia de 27 de abril de 1660; *Journ. des Aud.*

Si un hijo de familias despues de haberse casado siendo menor sin el consentimiento de sus padres, ya mayor hubiese declarado querer perseverar en este matrimonio, con tal que no parezca que este acto es una consecuencia de la seduccion comenzada durante la menor edad, el padre perderá entonces la facultad de atacar el tal matrimonio, quedándole solo la de exheredar á su hijo.

§. III.

De los tutores.

447. Si un menor que no tiene padre ni madre hubiese contraido matrimonio sin el consentimiento de sus tutores; podrán estos atacar el matrimonio que se reputa efecto de la seduccion.

Téngase no obstante presente la distincion que hicimos antes, *n.* 336, entre la falta de consentimiento de los tutores y la del de los padres.

§. IV.

De los parientes colaterales.

448. Los parientes de una y otra de las partes no pueden en realidad atacar el matrimonio, mientras las dos vivan, puesto que á la sazon no hay ningun interes existente que pueda darles tal derecho; empero despues de muerto uno de los contraentes, los parientes de ese premuerto, aunque solo sean colaterales, podrán atacar el matrimonio incidentalmente en cualquier cuestion judicial que se promueva sobre algun interes temporal.

Ejemplo: Asi los parientes de la parte premuerta pueden re-

vindicar su herencia con exclusion de de los hijos del entendido matrimonio, sosteniendo que ellos no son capaces para suceder, formando al efecto un artículo sobre la no validez de este matrimonio en que fundan dichos hijos sus derechos hereditarios.

Asimismo cuando no hay hijos, los herederos colaterales del marido pueden defenderse contra la viuda que les pidiese el cumplimiento de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, alegando que el matrimonio fué nulo. Por lo demas solo pueden atacarlo por sus vicios absolutos, nunca por los respectivos, como lo son la seduccion, la falta de consentimiento de los padres de él. Y aun con respeto á los vicios absolutos, por mas que en rigor tienen los colaterales el derecho de alegarlos, no faltando ejemplos de casos en que fueron atendidos; sin embargo solo con gran dificultad deben ser escuchados. Asi lo dice d'Aguesseau en su discurso forense en la causa de los hijos de Mr. Billon, que es el undécimo del tomo 2.° de sus obras. «Si se exceptuan, dice este gran magistrado, ciertos defectos esenciales que forman nulidades que el tiempo nunca puede borrar, ciertas circunstancias en que la consideracion del bien público siempre mas poderoso que la del interes privado, parece venir en ayuda de los colaterales para destruir un matrimonio odioso; será dificil que puedan estos desvanecer todas las excepciones perentorias que pueden presentárseles, (por parte de los hijos cuyo estado atacan): el silencio del padre y de la madre y de los mismos contraentes, la union de su matrimonio, la pacífica posesion de su estado, etc.» Bajo tales principios fué desestimado un recurso de nulidad presentado contra un matrimonio, por haber sido celebrado entre personas que se hallaban unidas por el parentesco ó alianza espiritual del compadrazgo. La sentencia dada en 27 de abril de 1638, se funda en la buena fé de los cónyuges y en la facilidad con que habrian podido obtener la dispensa, á haber entendido que el compadrazgo era un impedimento.

Por lo demas en los casos y circunstancias en que pueda ser atacado el matrimonio por los parientes colaterales del difunto, no podrán perjudicarles las muestras de aprobacion que hubiesen dado respeto de aquel enlace: asi la viuda no podria echarles en cara el haberla escrito llamándola su *prima*. La aprobacion dada á un acto solo perjudica cuando se dá al tiempo en que se podia ejercer el derecho de atacarlo: en tal caso puede presumirse que

el ánimo del que aprueba, es renunciar á su derecho de impugnar. En nuestro caso los colaterales aprobaron, si asi se quiere, el matrimonio á tiempo en que no estaba en sus facultades sindicarlo ni indagar su validez.

§. v.

De las demas personas que tienen interes en hacer declarar nulo el matrimonio.

449. Todas las personas que tienen un interes positivo y actual en hacer declarar nulo un matrimonio, deben ser admitidas á atacarlo.

Ejemplo: Supongamos que un hombre en vida de su primera muger haya casado con otra y que despues cansado de esta se haya vuelto á unir con la primera. La segunda muger tiene un interes muy evidente en que se declare nulo el primer matrimonio, ya que sin esto no puede ser válido el suyo. Deberá pues permitírsele que lo impugne, con tal que sea por medio de nulidades absolutas pues no podria por ningun estilo acudir á nulidades respectivas.

Otro tanto podria decirse en cuanto á los hijos de esta segunda muger.

§. vi.

Del párroco de los contraentes.

450. El cura de las partes no puede atacar el matrimonio celebrado sin su permiso ni intervencion por un clérigo extraño, bajo el pretexto de haber sido menospreciados sus derechos. Cierto cura que tal cosa habia pretendido, fué rechazado por el tribunal, quien mandó á los contraentes ante el diocesano á recibir su condigna penitencia, y proceder á la nueva celebracion del matrimonio, *si habia lugar.*

Fúndase esto en que los párrocos solo tienen jurisdiccion en el fuero penitencial, y no en el externo. Al casar á sus parroquianos, ningun acto de jurisdiccion ejercen sobre ellos: luego aun cuando no hayan intervenido en el matrimonio, no pueden pretender que sus derechos hayan sido menospreciados. Al ministerio público

incumbe quejarse de esta infraccion de la ley, conforme vamos á verlo en seguida.

Por igual razon un cura no podria oponerse á la celebracion de un matrimonio que sus parroquianos tratasen de celebrar en otra parroquia donde hacen publicar las amonestaciones; ya que ningun titulo ni derecho tiene para hacer tal oposicion.

§. vii.

Del ministerio fiscal.

451. Los encargados del ministerio público, los fiscales, no deben hacer indagaciones para descubrir nulidades de todos ignoradas en matrimonios que nadie impugna; pero cuando el escándalo trasciende, el ministro de la ley encargado de procurar la conservacion del buen órden y sana moral, y por lo mismo de poner coto á los escándolos que á objetos tan respetables perjudican, deberia en tal caso entablar su accion ante el tribunal seglar á fin de obligar á los casados á que se separasen. Hasta á veces deberá perseguirlos criminalmente para la reparacion del escándalo causado. Para ejemplo de un matrimonio escandaloso y punible, puede citarse el de un hombre casado ya, que lo contrajese con otra muger en un lugar en que la primera muger reside, ó es conocida.

La conservacion del órden en la sociedad se halla confiada á los tribunales seglares, y por lo mismo ante ellos deben los ministros fiscales entablar sus peticiones sobre escándalosas nulidades de algun matrimonio Lo contrario fuera un abuso punible.

En ciertas y determinadas circunstancias tambien podrá el promotor fiscal eclesiástico acudir ante su tribunal contra la validez de un matrimonio, porque hemos visto ya que la autoridad eclesiástica tiene su intervencion en esta clase de asuntos.

ARTICULO II.

PORQUE MEDIOS Y ANTE QUE JUECES PUEDE PEDIRSE LA ANULACION DE UN MATRIMONIO.

Acerca de esto vamos á distinguir tres casos.

PRIMER CASO.

452. Si fuese uno de los mismos contraentes el que pretendiese en contra del otro, que un matrimonio fuese anulado, tendria dos vias, una ordinaria, otra extraordinaria.

La ordinaria es la citacion que el demandante debe hacer al otro contraente ante el juez eclesiástico, á fin de que asista al juicio en que debe decretarse la anulacion del matrimonio. A pesar de ser este un contrato civil, su calidad de sacramento ha hecho que nuestros reyes hayan concedido á los jueces eclesiásticos conocer de las causas concernientes á matrimonios, con la obligacion no obstante de conformarse con lo prevenido en las leyes civiles.

De todos modos el juez eclesiástico solo es competente para conocer acerca la validez ó invalidez de un matrimonio: si una de las partes pretendiese ademas de la otra daños y perjuicios, para fallar sobre ellos deberá dicho juez mandar á las partes, que acudan al tribunal civil.

De la propia suerte si la cuestion no versase sobre la validez ó invalidez del matrimonio, sino sobre si él habia sido ó no celebrado, como si se hubiesen perdido los registros de una parroquia, y una de las partes pretendiese no haberse celebrado el matrimonio, y sostuviese la otra que si; en esta cuestion de mero hecho que nada tiene que ver con la validez del matrimonio, debe entender y fallar el juez civil.

453. La via extraordinaria es el recurso de fuerza interpuesto ante el tribunal civil superior á quien está encomendado conocer de tales recursos, contra las providencias y procedimientos del tribunal eclesiástico sobre el particular, cuando en ellos hay algo contrario á las leyes del reino, ó cánones de la iglesia. Puede tambien entablarse este recurso contra la celebracion de un matrimonio, cuando se pretende que en ella fueron desatendidas las disposiciones del derecho civil ó canónico.

SEGUNDO CASO.

454. Si fuesen los padres ó un tutor los que atacasen un matrimonio contraido por un menor sin su consentimiento; competeles el recurso de fuerza contra la celebracion de ese matrimonio, en la cual se faltó á lo prevenido por las leyes. Por este mismo medio podria el rey hacer declarar la nulidad de un matrimonio que algun príncipe de sangre real hubiese contraido sin su consentimiento.

TERCER CASO.

455. Si fuesen los parientes de uno de los contraentes, los que despues de su muerte atacasen el matrimonio por él contraido, al efecto de repeler á los hijos de la sucesion, ó á la viuda de sus derechos fundados en las capitulaciones matrimoniales; es evidente que tal cuestion no podria ventilarse ante el juez eclesiástico que solo puede conocer del vínculo del matrimonio, de que no puede siquiera tratarse despues de muerto uno de los contraentes. Como que solo se trata de intereses temporales, solo puede ser competente el juez seglar; por esto únicamente puede tener lugar el recurso de fuerza contra la celebracion del matrimonio ante el tribunal superior civil.

ARTICULO III.

DEL OFICIO DEL JUEZ EN LAS CAUSAS SOBRE ANULACION DE MATRIMONIOS, Y DE LAS PROVIDENCIAS QUE EN ELLAS SE DAN.

---

456. Siendo el vínculo del matrimonio consagrado por el mismo Dios y formado por él entre las personas que válidamente lo contraen, sin que les sea permitido romperlo por su recíproco consentimiento; la aquiescencia de la parte emplazada para ver decretar la nulidad del matrimonio, no debe dispensar al juez de entrar en un exámen detenido y escrupuloso de las pruebas hechas para justificar el impedimento dirimente que se pretende oponerse á la validez del matrimonio; y solo despues de justificado este impedimento por medio de pruebas literales ó testimoniales podrá declarar la nulidad del matrimonio.

457. Hay ciertos impedimentos de que solo se admite la prueba literal; tales son los que resultan de las órdenes sagradas, de la profesion religiosa, de la cognacion y afinidad, y de otro matrimonio anterior subsistente al tiempo de contraerse aquel cuya va-

lidez se impugna. Tales pruebas deben sacarse de los registros de ordenaciones, de profesiones, de bautismos, de óbitos y matrimonios: no obstante en caso de haberse perdido estos registros, podrian suplirse por medio de una prueba testimonial.

La declaracion de la parte, aun cuando ofreciese adverarla con juramento, y aun cuando tuviese á su favor la pública voz y fama, no basta para probar la existencia del impedimento dirimente. Asi lo establece Celestino III, *cap. Super eo, extr. de eo qui congn.*; pues, como dice, si tales pruebas se admitiesen, suceder ia que las partes al cansarse de su enlace, formarian contra sí acusaciones falsas sobre relaciones carnales anteriores con próximos parientes para hacer anular el matrimonio.

458. Si la demanda de anulacion de un matrimonio se funda en la impotencia de uno de los cónyuges; el juez debe disponer que la parte que se dice ser impotente, sea visitada y examinada por médicos ó matronas. Antiguamente se decretaba la prueba por la cópula; pero por disposicion de 18 de febrero de 1677 queda prohibida esta especie de prueba tan equivoca, como indecente y contraria al pudor.

Al presente basta que de la inspeccion facultativa resulte que las partes exteriores están bien conformadas para que el que se pretendia que era impotente, no sea declarado tal.

Si este pretendiese que la impotencia solo le habia sobrevenido posteriormente al matrimonio, deberia probarlo, segun aquella regla de derecho: *Ei incumbit probatio, qui dicit*; *l.* 2, *ff. de probat.*

Segun el derecho de las decretales, la declaracion con juramento hecha por dos cónyuges despues de tres años de cohabitacion, de que no pudieron conseguir un cóito, cuando esto se halla corroborado por indicios exteriores de falta de virilidad, se reputa prueba suficiente de la impotencia en que se funda la nulidad del matrimonio. En Francia no se sigue esta disposicion canónica.

459. Cuando es el tribunal eclesiástico el que declara nulo un matrimonio por una falta de formalidad, como la de la bendicion nupcial, de la presencia del propio párroco, ó por algun otro impedimento, de que no se puede obtener facilmente dispensa; habia la costumbre antiguamente de mandar al propio tiempo á las partes que rehabilitasen su matrimonio, y obtuviesen, si era necesario, la competente dispensa. Mas este aditamento ha sido declarado abusivo por nuestros tribunales, por cuanto la autoridad de los tribunales eclesiásticos se limita á declarar sobre el vínculo. Los tribunales civiles pueden y acostumbran poner aquella cláusula en las sentencias en que decretan la anulacion de un matrimonio.

460. Es de observar una cosa particular de esta materia. En cualquier otra una sentencia que haya ganado autoridad de cosa juzgada, no puede despues ser revocada, aun cuando mas adelante se presentasen pruebas en contrario posteriormente descubiertas: empero en causas sobre nulidad de matrimonios, por mas que las sentencias que los declaran nulos hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, podrán ser revocadas en virtud de pruebas posteriormente descubiertas, y en virtud de la revocacion los cónyuges separados ya serán obligados á unirse de nuevo; *cap. Lator, ext. de sent. et de jud.*

461. A tenor de tales principios un tal Jourdain que habia permitido que en rebeldia se declarase nulo el matrimonio que tenia contraido con una muger, por el defecto de impotencia, á pesar de que el fallo le habia sido notificado personalmente, y á pesar de que su muger habia ya pasado á contraer nuevo matrimonio con otro hombre, en un recurso de fuerza contra la celebracion de este último matrimonio, le fueron admitidas las pruebas contra la supuesta impotencia, y justificada su virilidad, fué declarado nulo el segundo matrimonio, y se obligó á su muger á que volviese á reunírsele. Sentencia del 30 de diciembre de 1700, *tom.* 5, *Journ. des Aud.*

CAPITULO II.

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.



462. El matrimonio no se disuelve, como no sea por la muerte de uno de los cónyuges: viviendo ellos es indisoluble.

No obstante el derecho romano reputaba disuelto el matrimonio por el divorcio, y tambien por la esclavitud de uno de los cónyuges. De las dos cosas vamos á tratar en el artículo primero. En el segundo veremos si la profesion religiosa de uno de los cónyuges rompe el vínculo del matrimonio: en el tercero examinare-

mos si lo rompe el adulterio; y finalmente hablaremos de si un matrimonio contraido entre dos infieles se disuelve por convertirse uno de ellos á la fé, quedando el otro en la idolatria.

ARTICULO I.

DEL DIVORCIO Y DE LA ESCLAVITUD.

—

§. I.

Del divorcio.

463. Por derecho romano no podia seguramente disolverse el matrimonio por el solo consentimiento de las partes, mas en tiempos de de los emperadores aun cristianos, se consideraba disuelto el matrimonio por un divorcio celebrado con todas las formalidades legales. Asi nos lo enseñan muy terminantemente los emperadores Teodosio y Valentiniano, *l. 8*, *cod. de repud.*

Justiniano continua en sus pandectas y adopta como ley un texto de Paulo que cuenta el divorcio entre las causas que disuelven el matrimonio; *l. 1*, *ff. de divort.*

Bien que condenado por el evangelio, los emperadores cristianos no se habian atrevido por razones de estado á abolir el divorcio, limitándose á restringirlo en lo posible, como se ve en la ley 8, §. 1, 2, 3, 4 *y* 5, *cod. de repud.* y en la novela 117.

464. Por mas que fuese entonces permitido el divorcio por las leyes civiles, y que cada uno de los cónyuges quedase libre en el fuero externo para pasar á otro matrimonio; no obstante la iglesia miraba el divorcio como prohibido por el evangelio, y como incapaz para romper el vínculo del matrimonio: asi es que miraba como un adulterio mas bien que como un matrimonio el que una de las partes celebrase despues del divorcio con otra persona, viviendo todavia su anterior cónyuge, y por mas que en el fuero externo fuese reputado válido, ella lanzaba de su comunion á los que lo hubiesen contraido hasta que se separasen, y les sugetaba á las mismas penas á que por los cánones estaban sugetos los adúlteros. Y hasta miraba como culpable del adulterio cometido por el cónyuge que pasase á otro matrimonio, á aquel que solo habia con-

sentido en el divorcio. *S. Ambros. ad. S. Luc. lib.* 8, *n.* 5 y 6. *Innoc. 1, epist. decret ad Exup. cap.* 6, que es la carta 3.ª de este papa, tom. 2, de los concilios del P. Labbe, pág. 1254.

465. En los estados protestantes es todavia permitido el divorcio por ciertas causas y bajo ciertas formalidades. *Cod. Freder. p. 1, l. 2, t. 3, §. 3, cap.* 35.

466. En nuestro derecho no está admitido el divorcio, y si solo lo está la separacion de habitacion, *quoad thorum*, de que trataremos en el capítulo tercero.

§. II.

De la esclavitud.

467. Por derecho romano se disolvia el matrimonio con la esclavitud de uno de los cónyuges, *l.* 1, *ff. de divort.*

Por mas que la cautividad en poder de los enemigos era entre los romanos una verdadera esclavitud que arrebatando al prisionero todos sus derechos civiles disolvia su matrimonio; no obstante como el derecho de *Postliminio* que restituia al cautivo á su vuelta todos sus derechos, de la propia suerte que si nunca los hubiese perdido, impedia á su muger que pudiese pasar á contraer otro matrimonio, mientras no constase que hubiese muerto, y hubiese por lo mismo alguna esperanza de que pudiese volver. Si habia alguna incertidumbre acerca de si vivia ó estaba muerto, su muger debia para poder casarse, esperar á que pasasen cinco años; *l.* 6, *ff. de divort.* la cual añade que lo mismo debia observarse respeto del marido cuya consorte hubiese caido en poder de los enemigos.

Esto tenia lugar en el fuero externo; en el interno no puede entenderse disuelto el matrimonio sino por la muerte de uno de los cónyuges.

Abolida la esclavitud entre nosotros, nada de esto puede tener aplicacion.

ARTICULO II.

DE LA PROFESION RELIGIOSA.

En el primer párrafo vamos á establecer la insuficiencia de la profesion religiosa para romper el vínculo del matrimonio. En el segundo manifestaremos la excepcion que el derecho de las decretales y el concilio de Trento introdujeron respeto de este principio por lo que mira á los matrimonios que fueron perfeccionados mas, no consumados.

§. I.

De la insuficiencia de la profesion religiosa para romper el vínculo del matrimonio.

468. El emperador Justiniano, *novel.* 25, *cap.* 5, habia permitido el divorcio á aquel de los dos cónyuges que quisiese abrazar la profesion religiosa. En su concepto no era en tal caso el hombre quien separaba lo que Dios habia unido; sino que era el mismo Dios quien lo disolvia inspirando al que deseaba hacerse religioso, el designio de consagrarse á la vida ascética.

S. Grégorio papa se levantó con energía contra esta ley, avanzando hasta decir que ella es contraria á la palabra de Dios, y que no puede por lo mismo ser obtemperada en conciencia. Véase su carta á Theotista que es la 39 del lib. IX. En los mismos términos substancialmente se explica en la carta 44 del mismo libro.

Segun aquel papa, pueden los dos cónyuges separarse de comun acuerdo para consagrarse á Dios; mas no bastaria que uno de ellos tuviese el permiso del otro para dicho objeto, sino que es preciso que tambien esotro abrace el mismo estado.

469. S. Agustin ya habia enseñado antes que dicho papa, que el uno de los cónyuges no podia guardar un voto de continencia que hubiese hecho, si el otro no la hacia tambien. Asi se lee en la epístola de este santo padre á Armentario que es la 227, y en otra á Ectidicia que es la 199 y en otras partes.

470. La misma doctrina hallamos en las cartas de Nicolas I, que ocupaba la Santa Sede á mediados del siglo nono, sobre todo en la que escribia á Theutberga esposa del rey Lotario que es la 48 de sus cartas que se hallan en el tomo 8 de los concilios del P. Labbe, pag. 425; y en la que dirigió al mismo Lotario que es la 51 de la misma coleccion.

471. Parece ademas que esa separacion de las personas casadas para abrazar la continencia, debia hacerse con la autoridad y consejo del obispo. Asi lo hallamos establecido en los cánones de los padres de Northumberland, que son del siglo XII, tom. 9, de los concilios del P. Labbe pag. 726 y siguientes, can. 34.

472. Es de tal suerte necesario para la validez de la separacion que uno y otro cónyuge hagan voto y profesion de castidad, que si uno de ellos, el hombre por ejemplo, hubiese hecho profesion religiosa, aun que fuese con el consentimiento de su esposa, si esta no hubiese practicado otro tanto, la profesion de aquel será nula, y deberá ser obligado á volver con su muger. Asi lo decide Alejandro III, *cap.* 3, *ext. de convers. conjug.*

Ni tampoco bastaria para la validez de la profesion de uno de los cónyuges, que el otro quedándose en el siglo hiciese voto de guardar continencia; pues es absolutamente preciso que uno y otro entren en un convento, y hagan una profesion religiosa formal; á menos que la muger del hombre que se consagrase á la vida monástica, fuese de tal edad y de tan ejemplares costumbres que no pudiese inspirar el menor recelo de que habia de faltar á su voto: en tal caso el voto que la muger haga, habrá de ser público. Asi se establece en los capítulos 4 y 8 del propio título, los cuales son del mismo papa. Esto deberá permitirse especialmente, si la muger tiene hijos que educar, que es el caso de dicho capítulo 8.

473. Otro tanto debe decidirse en este punto respeto de la promocion á las órdenes sagradas: no deberá ordenarse á un hombre casado sin que su muger haga tambien voto solemne de castidad. Lo decide asi el mismo papa Alejandro III, *cap.* 3, *ext. d. tit.* Dicho papa en el *cap.* 5, *eod.* prohibe ordenar á un hombre casado de obispo, como su muger no haga profesion religiosa.

474. Un caso hay en que un hombre casado podria prescindir de todo punto del consentimiento de su muger para ser promovido á las sagradas órdenes, ó para profesar en una religion, y es cuando hubiese hecho declarar convicta de adulterio á su muger,

y condenarla por consecuencia á una reclusion, en virtud de sentencia que hubiese ganado autoridad de cosa juzgada; porque como que entonces esa muger habria perdido su derecho á exigir el débito conyugal y de vivir en compañia de su esposo, su consentimiento deja de ser necesario. Asi piensa Ducasse en su tratado de la jurisdiccion eclesiástica, y en su apoyo puede citarse el *cap.* 15, *ext. d. tit.*

§. II.

Excepcion que las decretales y el concilio de Trento pusieron al principio sentado sobre la insuficiencia de la profesion religiosa para romper el vínculo del matrimonio.

475. Esta excepcion se funda en la distincion que las decretales hicieron entre el matrimonio que si bien perfeccionado con el recíproco consentimiento de las partes, no ha sido consumado por el comercio carnal, el cual se llama *matrimonium ratum, non consummatum*, y aquel que fué realmente consumado, *matrimonium consummatum*. Las decretales solo á esta última especie de matrimonio dan el caracter de perfecta indisolubilidad que no alcanza á destruir ni aun la profesion religiosa. En cuanto al matrimonio rato no consumado, permiten á cualquiera de los cónyuges romperlo para abrazar el estado religioso, sin necesidad si quiera del consentimiento del otro. Asi lo dice Alejandro III que ocupaba la Santa Sede á fines del siglo duodécimo, en su decretal que es el *cap.* 2, *ext. de convers. coujug.* y ademas en el *cap.* 7, *d. tit.*

Inocencio III en el siglo siguiente decidia lo mismo; *cap.* 14, *d. tit.*

476. Parece que estos papas habian sacado esta distincion del decreto de Graciano, quien despues de haber sentado, *cans.* 27, *quæst.* 2, que uno de los cónyuges no puede consagrarse á la castidad sin el consentimiento del otro; añade que seria otra cosa si el matrimonio no hubiese sido consumado por medio del comercio carnal, pues entonces podria uno de los cónyuges entrar en religion sin el consentimiento del otro. Trata de afianzar esto con los ejemplos de S. Macario y de S. Alejo que el mismo dia de su boda abandonaron á sus mugeres sin saberlo ellas siquiera, para entregarse á la vida monástica.

Parece que Alejandro III, *loc. cit.*, hace alusion á esas anécdotas con aquellas palabras, *sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt.* Sin embargo modernamente se ha reconocido por los críticos que estos hechos eran apócrifos, y el ilustrado Baillet en las vidas de aquellos santos no los adoptó.

477. Graciano pretende fundar su distincion en el cánon 27 que dice, que si bien los padres no pueden entregar á otro la muger prometida ya, puede ella con todo entrar en un monasterio: y en el 28, que viene á establecer lo mismo.

Graciano que habia hallado el cánon 27 en otras colecciones sin saber de donde fuera sacado, lo atribuye sin el menor fundamento al papa Eusebio, siendo asi que es del penitencial de Teodoro de Cantorbery publicado en el siglo séptimo. En cuanto al cánon 28, se halla efectivamente en una de las cartas de S. Gregorio á quien lo atribuye. Para que estos cánones pudiesen hacer alguna fuerza en apoyo de la distincion de Graciano, fuera preciso que la palabra *desponsatam* de que usan, fuese tomada en el sentido que Graciano le da, es decir, una muger *casada* cuyo matrimonio no fué aun consumado. Pero alli realmente significa lo que siempre por lo comun, una muger *prometida esposa* que solo se halla comprometida por esponsales.

478. La misma respuesta puede darse á los otros pasages de los padres que acostumbran citarse para justificar la distincion cuestionada. S. Agustin, *Confess. lib.* 8, *cap.* 6, cuenta que dos amigos inspirados por la lectura de la vida de S. Antonio, concibieron y llevaron á cabo el proyecto de hacerse monges: *Ambo*, añade el Santo, *habebant* SPONSAS, *quæ postquam hoc audierint, dicaverunt etiam ipsæ virginitatem tibi.* SPONSA significa ordinariamente la *prometida esposa*, y por lo mismo á lo mas se inferiria del pasage este, que uno de dos prometidos esposos puede sin el consentimiento del otro romper los esponsales; en lo cual todos convienen.

479. Lo mismo puede decirse de una carta de S. Gregorio Magno á Fortunado y Antemio, la cual es la vigésima del libro sexto, edicion de los Benedictinos, puesto que en ella usa tambien la palabra *desponsata*, cuya verdadera significacion conocemos ya.

Cítase otro pasage del mismo santo, *Dialog. lib.* 3, *cap.* 14, donde habla de una doncella que, *constitutis jam nuptiis*, se esca-

pó á una iglesia, y abrazó el estado religioso. Este *constitutis jam nuptiis* significa palpablemente que la doncella se escapó en el momento crítico en que todo estaba preparado y arreglado para pasar á celebrar el matrimonio: *nuptiæ* significa no pocas veces la pompa y preparativos del matrimonio. El original griego apoya nuestra interpretacion, pues significa en rigor *nuptiis jam destinatis*, que es harto diferente de *constitutis* ó *contractis*.

480. Cítase asimismo un pasage de Gregorio de Tours, *De vitis patrum*, *cap. ult.*, al hablar de la resolucion que tomó S. Liebard de hacerse religioso, despues de haber celebrado *sponsalium diem festum*, y *onustus donis nuptialibus*. Mas todo esto no quiere decir que estuviese ya casado, sino que á lo mas habia contraido ya esponsales, y que habian mediado entre él y su novia los regalos de boda.

481. Por fin tampoco es convincente la cita del venerable Beda quien, *lib.* 4, *hist. Angl.*, refiere que la reina Edeldrida se hizo monja despues de haber vivido en castidad durante los doce años de matrimonio que llevaba con el rey Egberto; porque Beda dice muy expresamente que la reina dió aquel paso con permiso de su esposo, y cuando el matrimonio no habia sido consumado.

482. Fundado ó no fundado el derecho introducido por las decretales sobre la distincion del matrimonio consumado y del no consumado, y sobre la fuerza que se atribuye á la profesion religiosa para disolver el último, habia conseguido tal generalidad por el tiempo en que se celebró el concilio de Trento, que este creyó odortuno sancionar tal disciplina, anatemizando al que la contradijese; *Sess.* 24, *can.* 6.

483. Fra Paolo al dar cuenta de este cánon en el lib. 8 de su historia, n. 21, halla extraño que á un vínculo humano como la profesion religiosa, se le haya querido dar la fuerza de romper un vínculo divino como el matrimonio, y que todo esto se haya establecido como artículo de fé. En lo cual se equivoca voluntariamente aquel autor, pues sabia bien que lo que hizo el concilio fué solo confirmar un punto de disciplina generalmente recibido, y el anatema es para castigar á los que no obstante tal generalidad se atrevian á combatirlo.

Por lo que hace á ser la profesion religiosa una institucion humana, Palavicino contesta á Fra Paolo que en cuanto por ella renuncia el hombre todo cuanto tiene y puede esperar sobre la tierra para consagrarse enteramente á Dios, es en cierta manera institucion divina, emanada ademas del evangelio donde hablando de la vocacion por Cristo de los hijos del Zebedeo se dice: *Illi statim relictis retibus et patre, secuti sunt eum.*

484. Para que la profesion religiosa de uno de los cónyuges pueda disolver el matrimonio todavia no consumado, es preciso que haya sido hecha solemnemente en una órden religiosa aprobada, y haya sido observado todo cuanto las reglas de la iglesia y las leyes civiles exigen para su validez.

485. Aun cuando las órdenes sagradas constituyen un estado mas santo todavia que el de la profesion religiosa, y que encierre tácitamente el voto de castidad; no obstante como no lleva consigo una renuncia entera al siglo, no se les ha atribuido el efecto que á dicha profesion se concede de romper el vínculo del matrimonio. Las órdenes sagradas forman un impedimento dirimente para un matrimonio posterior, pero no pueden romper el que ya se hubiese contraido. Asi lo decide Juan XXII, *cap. unic. de voto et vot. redemt in extravag.* Por lo cual si un hombre casado ocultando tal circunstancia se hiciese promover á las sagradas órdenes, deberia sufrir una suspension, y ser condenado á reunirse con su muger.

ARTICULO III.

SI EL ADULTERIO DE LA MUGER DISUELVE EL MATRIMONIO.

486. La resolucion de esta cuestion depende de la manera de interpretar el célebre pasage relativo á ella que se halla en el evangelio de S. Mateo, *cap.* 10. Jesu-Cristo al contestar á los fariseos que le preguntaban si el hombre podia repudiar á su muger, *qua cumque ex causa*, dice que el hombre y la muger eran una sola carne, y que no debe separar el hombre lo que Dios ha unido. Mas como ellos insistiesen alegando que Moises habia permitido repudiar su muger, les contestó que aquello habia sido por mera tolerancia mas que él les dice que el que repudia á su consorte, *nisi ob fornicationem*, y se casa con otro comete un adulterio, y que lo comete tambien el que se casa con la repudiada.

Con el *nisi ob fornicationem* ¿entendió Jesu-Cristo autorizar un verdadero divorcio en cuanto al vínculo, en caso de haber come-

tido la muger un adulterio, ó solo entiende que en tal caso podrán separarse en cuanto á la habitacion? En este último caso la excepcion se refiere solamente á la frase anterior, y fuera como si dijese, *qui cumque dimiserit uxorem quod non licet nisi ob fornicationem, et qui cumque aliam duxerit, mœchatur.*

La misma dificultad presenta el capítulo 5 del mismo evangelio, *vers.* 31 y 32, y puede recibir una interpretacion idéntica.

487. En los primeros siglos de la iglesia se creyó muy dificil de resolver esta cuestion, de tal suerte que el concilio de Arles, tenido en 314, uno de los mas célebres de la antigüedad, al cual asistieron seiscientos obispos, no se atrevió á decidirla, puesto que en su cánon 10 se contenta con prescribir que á los que repudian sus mugeres por haberlas cogido en adulterio, *se les procure aconsejar* que mientras vivan sus esposas, por mas que sean adúlteras, no se casen con otras.

Con ser consejo lo que hubiera podido ser mandato, se ve que el concilio miraba como dudoso si subsiste ó no el vínculo del matrimonio en tal caso.

488. Verdad es que el concilio de Elvira que se cree celebrado en 305, y por consiguiente algunos años antes que el de Arles, fulmina excomunion para mientras viva su primer marido contra las mugeres que despues de haberlo abandonado por adúltero se casan con otro. Pero por lo mismo que se limita aquel concilio á castigar á la muger que en tales circunstancias se casa, y nada dice del marido que repudia á la muger adúltera y se casa con otra; se infiere que no creyeron los padres del referido concilio que en este último caso subsistiese el vínculo del matrimonio, pues de lo contrario habrian fulminado contra el marido una pena igual.

Dirase que media la misma razon, y que si el adulterio del marido no alcanza á romper los lazos matrimoniales, tampoco debe romperlos el de la muger. A esto respondo que por mas que á primera vista parece existir esta paridad de razones, nos enseña S. Basilio que vivia en el siglo cuarto, en su epístola canónica á Amfíloco, *can.* 9, que reinaba una opinion sancionada por la antigua costumbre, de que habia una gran diferencia entre el adulterio cometido por la muger y el cometido por el marido, y que habiéndose limitado Jesu-Cristo al primero, permitiendo al marido repudiar por tal delito á su muger, no debia extenderse tal permision á la muger en caso de ser aquel adúltero.

La misma distincion hallamos en una ley de Constantino quien al paso que cuenta el adulterio de la muger entre las causas por las cuales se permitia á un hombre repudiarla, no cuenta el del marido entre las que autorizaban á una muger para hacer divorcio con él. Bajo esta misma distincion procede el concilio de Elvira en la disposicion citada.

489. Añádase á todo esto que muchos de los antiguos padres de la iglesia han enseñado en términos formales que el adulterio de la muger podia romper el vínculo del matrimonio. Asi lo establece Tertuliano en el lib. 4.° contra Marcion.

S. Epifanio sienta lo mismo en su libro *Adversus Hæreses, cap.* 59, *v.* 4. Asterio obispo de Amasea en su homilia sobre S. Mateo dice expresamente: *Existimate et omnino vobis persuadete matrimonia morte tantum et* ADULTERIO *dirimi.*

490. S. Agustin trata *ex profeso* la cuestion de la indisolubilidad del matrimonio en caso de adulterio, *lib.* 1 *de conjugibus adulter. ad Pollentium*; y establece que el adulterio de cualquier de los cónyuges da solo lugar á la separacion de habitacion, *quoad thorum*, mas no aun divorcio *quoad vinculum*, y que despues de tal separacion comete el marido adulterio casándose en vida de su muger con otra, de la propia suerte que lo cometeria la muger que en tal caso con otro hombre se casase. Funda su opinion en el pasage del evangelio de S. Marcos, cap. X, v. 11, donde se dice que Jesu-Cristo expresó sencillamente y sin excepcion, que *cualquiera que repudiase á su muger y se casase con otra, comete adulterio*, y cita asimismo otro pasage casi idéntico del evangelio de S. Lucas, *cap.* 16, *v.* 18, donde el Salvador establece el mismo principio sin excepcion. ¿Porqué, dice, el santo doctor hemos de poner una excepcion, cuando no la pone el evangelio?

Apóyase tambien en lo que dice S. Pablo, *epist.* 1, *ad Corinth. cap. VII*, *v.* 10: Yo ordeno á las mugeres que no abandonen sus maridos, y caso de abandonarlos que no se casen con otro: con lo cual se ve que el apostol autoriza á la muger para dejar á su marido por adulterio que él hubiese cometido, pero que esta separacion no alcanza á menoscabar el vínculo matrimonial.

491. En los tiempos de S. Agustin habia aun diversidad de opiniones sobre esta cuestion, y él mismo reconoció en su tratado de *Fide et Operibus, cap.* 19, que habia sus dificultades, como que dice: *In ipsis divinis scripturis ita obscurum est utrum iste cui*

quidem sine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si aliam duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. Y en el libro segundo *Retractationum*, *cap*. 57, dice que al tratar de los matrimonios adulterinos no se atreve á gloriarse de haber resulto con acierto la cuestion mas dificil.

492 La autoridad de S. Agustin, cuyas decisiones han sido miradas como oráculos, no tardó mucho en reunir los sufragios. El código de la iglesia de Africa sancionó su doctrina, *can*. 102.

493. Este cánon y la doctrina que encierra recibió una nueva autoridad por los capitularios de Carlo Magno en que fué incluido, y se lee en el lib. 1, art. 42, de la coleccion del abate Andegise.

494. Los concilios posteriores siguieron la misma doctrina con mayor fuerza, si cabe, pues ponen expresamente el caso de divorcio por causa de adulterio. Asi se hizo en el concilio de Frioul celebrado en el reinado de Carlo Magno á fines del siglo octavo, can. 10. Lo mismo acaeció en el de Nantes, can. 12, tambien del mismo reinado, aunque tal vez muy anterior al citado, y en el de Tribur del año 895, can. 46, y en el de Trosli del año 909, can 8.

495. A tales autoridades puede añadirse el sufragio unánime de los autores eclesiásticos que escribieron despues del siglo sexto sobre estas materias, quienes enseñaron que el hombre que por razon de adulterio repudia á su muger, mientras ella viva, no puede casarse con otra: tales son, en el siglo séptimo Beda, sobre el cap. 10 de S. Marcos, en el noveno Jonas obispo de Orleans, Hincmaro de Rheims, Pascasio Ratbert, sobre el cap. 19 de S. Mateo, Ibo de Chartres en su carta 125 á Damberto de Sems. El autor de la *Tradicion sobre el matrimonio* ha recogido estas autoridades, donde pueden verse y mejor en los libros originales.

496. El derecho canónico moderno no es menos decisivo que el antiguo en cuanto á la indisolubilidad del matrimonio sin excepcion alguna, aun en caso de divorcio por causa de adulterio. Graciano en su decreto despues de haber referido, segun es su costumbre, las autoridades en pro y en contra, y despues de expuestas aquellas en que se funda la indisolubilidad, dice: *His autoritatibus evidentissime monstratur, quod quicumqus, fornicationis causa, uxorem suam dimiserit, aliam, illa vivente, ducere non poterit, et si duxerit, reus adulterii erit.*

El derecho de las decretales, está del todo conforme con esta

doctrina. Asi Alejandro III, *cap*. 5, *ext. de divort.* decide qué un marido que despues de haberse separado de su muger por causa de adulterio, se habia casado, en vida de aquella, con otra muger, debia ser condenado á reunirse con la primera. En tanto reputa aquel papa adulterio el segundo enlace, como que dice que en adelante el marido no podrá echar en cara á la muger que habia repudiado, el adulterio por ella cometido, en virtud de aquella regla: *paria delicta mutua pensatione extinguntur*, y que por lo mismo debe ser obligado á reunirse con su primera muger de la cual sin esto habria podido vivir separado.

En el siglo XV, Eugenio IV en el concilio de Florencia dice terminantemente que el adulterio solo da lugar á la separacion de habitacion, y que no puede romper el vínculo: el tercer caracter del matrimonio, añade, es la indisolubilidad; tom. 13, de los concilios del P. Labbe, p. 539.

497. Esta doctrina estaba tan autorizada en la iglesia latina en la época del concilio tridentino, que cuando se propuso esta cuestion se proyectó un decreto que anatematizaba la opinion contraria. Los embajadores de la república de Venecia se opusieron á este decreto alegando que en muchas provincias sugetas á aquel estado, en que se observaba el ritu griego, regia una disciplina contraria á la de la iglesia latina, y que alli se permitia al hombre que por adúltera hubiese repudiado á su muger, el casarse con otra en vida de aquella; que no era justo condenar á esos pueblos sin oirles, tanto mas cuanto que en los artículos que en el siglo decimo tercero fueron propuestos para la reunion de los griegos, no se les proponia sobre este punto separarse de su disciplina. Tales observaciones obligaron á cambiar el cánon: el concilio dejó á cada iglesia la libertad de seguir su antigua disciplina, contentandose con fulminar anatema contra los que se arrogasen la autoridad de censurar y calificar de error la disciplina de la iglesia latina en este punto; *Sess*. 24, *can*. 7. Esta disciplina es la vigente entre nosotros.

ARTICULO IV.

CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES QUE SE CASARON SIENDO INFIELES, SE HACE CRISTIANO, ¿PUEDE DISOLVER EL VÍNCULO DEL MATRIMONIO CONTRAIDO CON EL OTRO QUE SIGUE EN LA INCREDULIDAD?

498. La decision de esta cuestion depende de la interpretacion que deba darse á algunos versículos del cap. 7 de la primera epistola de S. Pablo á los corintios.

En este capitulo despues de haber sentado el Apostol como principio general la indisolubilidad del matrimonio asi por parte de la muger como por la del marido, pasa á la cuestion que se habia presentado sobre el caso particular de un cristiano que tenga una muger infiel, ó de una cristiana que tenga el marido infiel, y contesta que no tiene mandato formal del Señor en este punto sobre el cual no se explica la escritura. Mas aconseja á la muger ó al marido que sean cristianos que hagan todo lo posible para vivir con el cónyuge infiel para conseguir su santificacion y la de los hijos; empero si la parte infiel, añade, quiere separarse, y no le es posible á la parte fiel vivir en union con aquella, nosotros no aconsejamos á nuestro hermano ó hermana correr en pos de la parte infiel para vivir en continua discordia; no le imponemos tal servidumbre: Dios nos ha llamado á un estado de paz etc. v. 12, 13, 14, 15 y 16.

El punto de la dificultad está en si esta separacion que permite el Apostol ha de entenderse solo en cuanto á la habitacion, ó á mas en cuanto al vínculo.

499. Esta cuestion fué muy bien debatida en un caso particular sobre que recayó una sentencia del parlamento.

Borach Levi judio de nacimiento, originario de Haguenaw habia contraido matrimonio con Mendel-Cerf asimismo judia y natural del mismo pais. Mas adelante fué él á Paris y se convirtió al cristianismo siendo bautizado en Monmagni, poblacion de la diócesis de Paris, á los 10 de agosto de 1752, junto con dos hijos que habia tenido y llevó consigo. En 13 de mayo y 22 de octubre de 1754 mandó dos requirimientos á su muger que continuaba en Haguenaw, á fin de que fuese á vivir con él, declarando en el

último que consentia en que á pesar de esto podria seguir practicando el judaismo.

A estos requirimientos contestó Mendel-Cerf que no queria reunirsele, y que le requiria á su vez para que le mandase un libelo de repudio en la forma judaica, para que pudiese ella casarse con otro hombre de su religion. Borach la hizo emplazar ante el tribunal eclesiástico de Strasburgo donde obtuvo en 7 de noviembre de 1754 sentencia en que se le mandaba que se le diese testimonio de los requirimientos que habia hecho á su muger y de las respuestas por ella dadas, y se le declara libre para poderse casar en faz de la iglesia con una muger que profese la misma religion por él á la sazon profesada.

A poco Borach contrajo esponsales con una joven de Villeneuve-sur-Bellot, diocesis de Soissons, llamada Ana Thebard, á los cuales suscribió el padre de esta, y se dirigió al cura de aquel pueblo para hacer publicar las moniciones. Presentole los requirimientos hechos á Mendel-Cerf, la sentencia de la vicaria general de Strasburgo que habia declarado la disolucion del matrimonio con esta última, y ademas un certificado del secretario de obispo de Strasburgo, quien atestiguaba que segun consta de los registros del obispado siempre en él se habia permitido á los judios bautizados el volver á casarse despues de su conversion con católicas, cuando sus esposas judias se negaban á cohabitar con los convertidos, y que esta costumbre habia sido reconocida constantemente por el consejo de Colmar.

Como el cura no se diese por satisfecho con tales documentos, y se negase á publicar las amonestaciones, Borach le hizo emplazar para ante la vicaria general de Soissons, á fin de que se le mandase publicarlas. El vicario general en 5 de febrero de 1756, declaró inadmisible la demanda de Borach, quien interpuso el recurso de fuerza ante el parlamento.

Consistia la cuestion que habia de resolver el parlamento en virtud de este recurso, en determinar si Borach habia podido romper *quoad vinculum* el matrimonio contraido mientras era judio con Mendel-Cerf, y si por consiguiente podia en vida de esta casarse con otra muger. Punto tan interesante fue con maestria discutido, y se imprimieron los informes y consultas y los discursos forenses con este motivo escritos y pronunciados. En el párrafo primero vamos á exponer las razones alegadas por la afirmativa, y

en el segundo las presentadas por la negativa, y la sentencia que recayó.

§. I.

Razones para sostener que S. Pablo permite un verdadero divorcio en cuanto al vínculo.

500. La indisolubilidad sin excepcion alguna solo es propia del matrimonio contraido en el estado de inocencia por nuestros primeros padres, y de aquellos que despues de la ley evangélica celebran los fieles; porque solo tales matrimonios pueden ser el tipo de la union de Jesu-Cristo con la iglesia, cuya indisolubilidad no puede admitir excepcion. Por el pecado perdieron los matrimonios ese caracter hasta que elevando Cristo á la dignidad de sacramento los que celebrasen los fieles, constituyó á estos tipo y figura de su union con la iglesia, y les comunicó de nuevo el primitivo caracter de indisolubilidad sin excepcion alguna. Por lo mismo de ninguna manera debe concederse el caracter de indisolubilidad á los matrimonios de los infieles, como son judios y paganos, porque no fueron elevados á la dignidad de sacramento.

Asi es que S. Pablo al paso que hablando de los matrimonios entre fieles prohibe expresa y absolutamente que aun despues del divorcio vuelvan ellos á casarse, al tratar de los otros matrimonios entre infieles celebrados, cuyos cónyuges se separan por haberse convertido á la fe uno de ellos y perseverar el otro en la infidelidad, dice solamente *Quod si infidelis discedit, discedat*, sin decir una palabra acerca de la prohibicion de contraer nuevo matrimonio; por el contrario añade que queda libre, *non enim servituti subjectus est*.

Para autorizar esta interpretacion hay el *can.* 2, *causs.* 28, *quæst.* 2 del decreto de Graciano, quien atribuye aquel texto á S. Gregorio, aunque mas bien parece deberia atribuirse á S. Ambrosio, y tal vez á ninguno de los dos, ya que ni en las obras del primero se encuentra, y la otra en que se halla, es probablemente de un tal Hilario de la secta de los Luciferianos.

Como quiera que esto sea, ademas de aquel texto hay una decretal de Inocencio III, *cap. Quanto, ext. de divort.* Hace este papa una distincion entre el matrimonio contraido por dos fieles,

uno de los cuales apostatase despues, y el contraido por infieles de los cuales el uno se convirtiese despues á la fe. En el primer caso dice que la parte fiel de quien se separó el apóstata, no puede casarse otra vez, mientras esta viva: mas en el segundo decide que la parte convertida á la fe que no puede vivir con la que continua en la infidelidad, puede en vida de este casarse con otra persona.

Cítanse ademas en apoyo de esta opinion un gran número de teólogos y canonistas que la defendieron, algunos de los cuales, como Hugo de San Victor y Pedro Lombard, vivieron antes de Graciano, y otros escribieron despues, como Santo Tomas, *p.* 3, *suplem. quæst.* 59, *art.* 5, S. Buenaventura, Nicolas de Lyra, Gerson, etc. Este dice que esta opinion *est constans theologorum et canonistarum doctrina, qui in ea re secuti sunt sacros canones et totius ecclesiæ praxim*; *lib.* 4, *dist.* 39, *art.* 7. Cítase ademas la autoridad de Benedicto XIV en su obra *de Synodo diœcesana* y la de muchos rituales y un sin número de autores de primer órden, teólogos, canonistas y comendadores de la Sagrada Escritura, y por fin el uso constante de las diócesis en que hay judios, tales como las de Strasburgo y de Metz.

§. II.

Razones para sostener que un infiel convertido al cristianismo no puede romper el vínculo del matrimonio que anteriormente hubiese contraido, y sentencia que sobre esta cuestion recayó.

501. En primer lugar se niega el principio sobre que la opinion contraria se funda, á saber, que la indisolubilidad sin excepcion sea un caracter propio y exclusivo del matrimonio de los fieles, debido á la dignidad de sacramento á que Jesu-Cristo lo elevó. Dios comunicó ese mismo caracter á todos los matrimonios indistintamente desde su institucion. A toda su posteridad intimó Adan inspirado por el Criador la voluntad de este en cuanto al matrimonio en virtud de aquellas palabras: *Homo relinquet patrem suum et matrem suam, et adherœbit uxori suæ, et erunt duo in carne una.* No es, pues, el matrimonio indisoluble por haber sido elevado á la dignidad de sacramento, sino que por lo mismo que

era indisoluble fué elevado á aquella dignidad, porque tal caracter le hacia á propósito para ser el tipo de la indisolubilidad de la union celebrada entre Cristo y su iglesia.

No se diga que entre los judios era permitido el divorcio previas algunas formalidades, y que por lo mismo no era por el antiguo testamento indisoluble el matrimonio esta objecion es cabalmente la mismisima que hicieron los judios á Cristo, cuando les predicaba la indisolubilidad, y el mismo Salvador la contesta: *Quoniam Moyses ob duritiem cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio antem non fuit sic.* Es decir que esta permision fué mas bien la tolerancia de un mal menor para evitar otro mayor, que una verdadera permision.

Jesu-Cristo derogó esta permision, y por lo mismo el texto de S. Pablo debe entenderse de una separacion de habitacion, y no de una perfecta disolucion del matrimonio.

502. La tradicion de la iglesia confirma el principio sentado en este párrafo de que la indisolubilidad no es un caracter peculiar al matrimonio de los fieles, sino comun á todos los matrimonios.

Inocencio I que ocupó la Santa Sede en el siglo quinto, en su epístola canónica que se halla en el *Codex canonum vetus Ecclesiæ Romanæ*, al exponer la tradicion de su iglesia conservada desde S. Pedro, dice formalmente, *can.* 5, que la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio enseñada por Cristo se aplica asi á los matrimonios de los infieles como al de los cristianos.

En el siglo nono, el concilio de Tribur en Franconia, *can.* 39, dice que el concilio romano habia decretado que no debia repudiarse despues del bautismo la muger que antes se tenia, y que el bautismo absuelve los crimenes, mas no el vínculo del matrimonio.

Lo mismo se lee en un canon del concilio de Meaux que Graciano trae inmediatamente antes del falso que en el párrafo anterior se ha citado, y le indujo en error.

503. Los antiguos padres de la iglesia enseñan la misma doctrina. Tertuliano en su libro *ad uxorem*, en que probibe á las mugeres cristianas el casarse con infieles presenta como indisoluble el matrimonio de los que lo fuesen por mas que uno de ellos se convirtiese. S. Juan Crisóstomo dice que puede repudiarse una muger por adultera, mas no por idolatra; *in cap. Isai.* 3, *Homil.* 63. S. Agustin indica lo mismo al sentar que una de las principales

razones que deben mover á una muger cristiana á no abandonar á su marido es que pasaria á contraer otro matrimonio con lo cual cometeria un adulterio; lo cual supone que despues de la separacion existiria *el vinculo* del matrimonio; *de adult. conjug.* n. 19 al 22.

En el siglo duodecimo Teofilacto enseña exactamente la misma doctrina, en su comentario á la epístola de S. Pablo á los Corintios.

504. A pesar de tales razones y autoridades es preciso confesar que la opinion contraria es desde mucho tiempo la comun entre teologos y canonistas; mas por acreditada que esté, no es dificil refutarla. Parece que todos cuantos la abrazaron, fueron á ello movidos por la decretal de Inocencio III explicada en el párrafo anterior. Ahora bien demostrando que esta decretal como apoyada en un error de hecho no merece consideracion alguna, quedará demostrado que no la merece tampoco la opinion que en aquella se funda.

El haber incurrido Inocencio III en un error de hecho dió lugar á su decision. En sus tiempos, en el siglo décimo tercero, los que se dedicaban al estudio del derecho canónico no indagaban los primeros manantiales de ese derecho, contentandose con consultar las varias colecciones que se habian formado, entre las cuales ocupaba el primer lugar la de Graciano. A la sazon la antorcha de la critica no habia hecho todavia distinguir las verdaderas obras de los padres de la iglesia de las que falsamente se les habian atribuido. Asi que al leer aquel papa en la coleccion de Graciano y tal vez en un comentario á las epístolas de S. Pablo, atribuido entonces y mucho despues á S. Ambrosio, el canon que llevamos referido en el párrafo anterior, persuadiose que seria de aquel santo ó de S. Gregorio á quien Graciano lo atribuye, y por lo mismo no titubeó en confirmar su decision en que expresamente se funda, y textualmente copia.

Por lo mismo se vé que fué un error la base de su decision que sin duda habria sido diferente á haber conocido la falsedad del origen atribuido al canon relatado; y por tales razones en buena critica ninguna consideracion merece. Lo cual parece todavia mas fundado, si se atiende que esta distincion que aquel papa hace entre el matrimonio de los infieles que él llama *verum*, *non tamen ratum*, y el de los fieles que califica de *verum et ratum* es una in-

novacion contraria á la doctrina de los santos padres y concilios de los primeros siglos de la iglesia, segun se desprende de la epístola de Inocencio I que hemos referido, en la cual se enseña que el caracter de indisolubilidad asi conviene al matrimonio de los infieles, como al de los cristianos, y lo confirman las demas autoridades que hemos citado en el principio de este párrafo.

Finalmente por mas que la gran mayoria de los teólogos y canonistas se haya dejado arrastrar por la autoridad de la decretal de Inocencio III, algunos hay no obstante y de gran nombradia que se separaron del comun sentir: entre ellos se cuentan el cardenal Cayetano y Domingo Soto quien en el concilio de Trento sostuvo fundado en la autoridad de los santos padres una opinion opuesta á la decretal en cuestion. Aquel concilio no juzgó conveniente decidir este punto.

505. La sentencia que recayó sobre la cuestion judicial que nos ocupa, fué dada en 2 de enero de 1758, y por ella se declara que no hubo abuso en la sentencia del vicario general de Soissons, y se prohibió á Levi que pudiese contraer matrimonio, mientras viviese su muger Mendel-Cerf.

CAPITULO III.

DE LA SEPARACION DE HABITACION.

506. La separacion de habitacion es la absolucion que concede el juez por justas causas á uno de los cónyuges, de la obligacion que le impone el matrimonio de cohabitar con el otro cónyuge, sin por esto menoscabar el vínculo del matrimonio.

La separacion tiene por lo comun lugar á instancias de la muger; puede no obstante tenerlo á instancias del marido, como sucede en caso de acusacion de adulterio.

ARTICULO I.

DE LA SEPARACION DE HABITACION QUE TIENE LUGAR A INSTANCIAS DE LA MUGER.

Vamos á ver, 1.° las causas por las cuales una muger puede impetrar la separacion de habitacion; 2.° como se obtiene tal separacion; 3.° trataremos de la ejecucion y efectos de la separacion obtenida por una muger.

§. I.

Cuales son las causas por las cuales puede una muger reclamar la separacion de habitacion.

507. La union del marido y de la muger, formada por el mismo Dios, y el poder que cada uno de los cónyuges da al otro sobre su cuerpo en virtud del matrimonio, no permiten á la muger pedir separar su habitacion de la de su marido, á no ser que medie una gran causa. En conciencia está ella obligada á procurar ganarse el afecto de su marido por un caracter suave y por un comportamiento complaciente; y si con todo esto no puede conseguir su objeto, no debe oponer mas que la paciencia á las malas maneras y hasta malos tratos de su marido. Pero no por esto debe dejar de prevenir todo cuanto pueda complacerle, y nunca debe abandonarle á no ser que las cosas hubiesen llegado á un extremo insoportable.

508. En cuanto al fuero externo, no deben los jueces permitir facilmente á una muger que se separe de cohabitar con su marido con quien Dios la unió; pero mediando causas justas, deberán permitírselo; ya que segun las sanas reglas del órden político, se debe, no hacer, pero si permitir un mal menor para evitar otro mayor. Ahora bien no cabe duda en que las funestas discordias y riñas que continuamente han de reproducirse entre marido y muger, si se les precisa á vivir juntos, acarrean daños mucho mayores que su separacion, la cual por lo tanto debe serles permitida, siempre que medien causas justas.

¿Cuales son estas causas justas? He aqui lo que no es facil determinar. En términos generales puede decirse que debe separarse de habitacion á una muger siempre que tenga mucho que sufrir á causa de la aversion que su marido le ha cobrado, y no hay esperanzas de reconciliacion; pero no es tan facil determinar hasta que grado deben remontarse estos sufrimientos para que deba tener lugar la separacion, ni aplicar este principio á las diferentes circunstancias con que se presentan las demandas de separacion. Asi es que determinar tales causas debe dejarse á la prudencia

del juez, quien ni deberá ser fácil en conceder la separacion por causas pasageras, ni presentar escrúpulos y dificultades á su concesion, cuando advierte en los cónyuges una antipatia decidida, un encono inveterado que la cohabitacion no podria hacer mas que aumentar.

509. Los malos tratos de un marido que llegase hasta á apalear á su muger, ó á perseguirla para apalearla, son una de las causas mas ordinarias de separacion de habitacion. Asi lo aprueba Inocencio III en el *cap.* 13, *ext. de rest, spol.*

En este punto debe el juez atender á muchas circunstancias, primeramente á la calidad de las partes: un bofeton ó puñetazo que podrian motivar una separacion entre personas de regular esfera, no lo será entre gentes del pueblo bajo, á no ser que fuesen tales hechos demasiado frecuentes; 2.° debe tomar en cuenta si los malos tratos fueron sin motivo ó por causas ligeras, ó bien si fueron consecuencias de discursos punzantes con que la muger hubiese agotado la paciencia de su marido, 3.° y por fin si tal lance sucedió una sola vez, y cuando los cónyuges anteriormente siempre habian vivido en la mejor armonia. En vista de todas estas circunstancias el juez deberá acceder con mas ó menos facilidad á la demanda de separacion.

510. A veces aunque los malos tratos de un marido para con su muger no lleguen hasta pegarla ni aun á intentarlo, pueden ser tan considerables que sean causa justa de una separacion.

Ejemplo: He aqui un caso práctico que se ofreció habrá como veinte años, con motivo de una instancia de separacion presentada por la esposa de un tesorero del estado. El marido no habia llegado á pegar nunca á su muger, ni aun lo habia intentado; pero desde el primer año de matrimonio, y en todos los que se habian ido sucediendo, no habia dejado de darle pruebas altamente ofensivas de menosprecio en todas ocasiones y ante las personas que frecuentaban la casa, y de los criados y hasta de los hijos comunes á quienes el padre excitaba á mofarse de su madre. Justificados estos hechos se decretó en primera y segunda instancia la separacion. En realidad el menosprecio inspirado á los hijos le es mas sensible á una madre, que todos los golpes que su marido pudiera darle en un arrebato de cólera.

511. Puede contarse entre las causas de separacion el negarse el marido sin embargo de tener medios, á dar á su muger los socorros que hubiese menester en caso de enfermedad.

Nótese que en caso de pedir la muger la separacion por semejante causa, lo primero que debe hacer el juez, es condenar al marido á dar á su muger los alimentos necesarios, y si no se conformase con esta sentencia y no la cumpliese, entonces decretará la separacion.

512. La acusacion de un crimen capital intentada calumniosamente por un marido contra su muger es causa justa para la separacion. ¿ Podrá, decia d'Aguesseau en un dictamen que dió sobre cierta causa suscitada con este motivo, podrá negarse á la muger acusada falsamente de un crimen capital la justa satisfaccion de separarse de un marido que intentó deshonrarla por medio de una calumnia atroz? ¿Se la obligará á sufrir por toda su vida la presencia de su acusador, y se les dejará á uno y otro expuestos constantemente á todas las consecuencias funestas de una sociedad desventurada que fuera el suplicio del inocente mas bien aun que el del culpable? *Discurs. for. de d'Aguesseau*, 34, *tom.* 3.

513. El capitulo *Quæsivit*, *ext. de divort.* trae otra causa de separacion de habitacion, y es cuando el marido hiciese ostentacion de heregia, por razon del riesgo que corre la muger de ser pervertida.

514. Ni la epilepsia por violentos que fuesen sus ataques, ni otra enfermedad alguna del marido, aun cuando fuese contagiosa, pueden dar á la muger motivo para pedir la separacion: ella está obligada á vivir con su marido, aun que en tal estado se encuentre; de la propia suerte que lo estaria el marido respeto de la muger, por mas que esta padeciese aquellas enfermedades.

Lo mismo debe decirse respeto á alguna deformidad por grande que fuese, y sobreviniese á uno de los cónyuges, como por ejemplo, un cancer abierto en la cara. Aqui tienen aplicacion aquellas palabras de Ulpiano dichas de un caso diferente: *Quid enim tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* *l* 22, §. 7 *ff. solut. matr.* Alejandro III confirma asi mismo esta decision refiriéndose á la lepra tan comun en sus tiempos; *cap.* 1, *ext de conjug. lepros.*

El mal venereo por mas que trae consigo fundadas sospechas de que el marido se lo buscó en sus extravios, tampoco es causa

suficiente para la separacion, ya que al presente no es incurable ni por lo comun muy duradero.

515. La pérdida de razon que padeciese el marido, aun cuando obligase á tenerle encerrado: no es causa bastante para una separacion de habitacion: lo que puede hacer la muger es pedir que se le quite á su marido la administracion de sus bienes, en cuyo caso se le nombrará un curador que por lo comun acostumbra ser la misma muger.

516. Los adulterios cometidos por el marido no dan á la muger motivo para pedir la separacion: los tribunales no admiten á las mugeres pruebas sobre tales hechos. Los hombres por el contrario pueden presentar una acusacion de adulterio contra su muger, segun veremos en el siguiente artículo. De esto se quejaba una tal *Loronia* en este verso de Juvenal:

Dat veniam corvis, vexat censura columbas. Sat. 2.

Hay sin embargo su razon, y es que el adulterio que comete la muger es infinitamente mas contrario al buen órden de la sociedad civil, pues tiende á despojar las familias y á hacer pasar los bienes á hijos adulterinos que son extraños á ellas; al paso que el adulterio del marido, por mas que criminal en si, no tiene en este punto la menor consecuencia.

§. II.

De que manera se obtiene la separacion de habitacion.

517. La muger no puede conseguir la separacion de habitacion de su marido, como no sea por una sentencia del juez, dada con pleno conocimiento de causa. Una escritura pública y solemne, por mucho que lo fuese, en que la muger expusiese por su parte todos los motivos que la asisten para pedir la separacion, y por otra el marido reconociendo la verdad de los hechos consintiese en dicha separacion, fuera de ningun valor ni efecto. Formado por el mismo Dios el vínculo del matrimonio no solo es indisoluble, sino que ni tampoco las partes que lo contrataron pueden menoscabar en lo mas mínimo por si mismas los efectos que debe producir, sin mediar poderosos motivos cuya verdad é importancia debe examinar y apreciar el juez.

518. Asi que la muger que quiere impetrar la separacion debe

presentarse ante el tribunal con una demanda motivada, pidiendo ademas el emplazamiento del marido, y que interinamente se le permita retirarse á un convento ú otro lugar seguro y decoroso que designará el marido, y en su defecto por el juez.

El juez competente es el seglar: el eclesiástico es incompetente, pues solo debe conocer de las causas en que se trata *de fœdere matrimonii*, de que no se habla en una causa de separacion de habitacion que no afecta el vínculo el cual queda subsistente. Ademas de que la separacion de habitacion importa la separacion de bienes, la cual es una cosa muy profana de que no puede conocer sin cometer abuso el juez eclesiástico (1).

Emplazado el marido, deberá mandar á su muger en su retiro los vestidos y lencería que necesite para su uso, y pagar la pension mientras siga el proceso: si se negase á ello, el juez podrá condenarle á que lo verifique.

519. Llamados los autos, si el juez hallase insuficientes los motivos que alega la muger, deberia sobreseer: si los encuentra bastantes, abre la causa á prueba por un término comun á las partes, durante el cual al paso que la muger podrá probar los hechos que haya alegado, el marido podrá hacer otro tanto respeto de otros hechos contrarios.

En negocios ordinarios la confesion del reo ó convenido es fundamento bastante para la demanda sin necesidad de otra prueba. En las causas sobre separacion el juez debe recibir la prueba aun sobre hechos confesados por el marido; porque la separacion no procede como no sea por razones muy poderosas, sin que puedan acordarla las partes por mutuo consentimiento, y por lo mismo no se debe dar gran valor á una confesion que pudiera ser efecto de una colusion entre marido y muger.

520. Si hubiese mediado un principio de desavenencia entre dos cónyuges, á que hubiese seguido una reconciliacion; los hechos anteriores á ella quedan como destruidos por la reconciliacion que impide que la muger pueda echar mano de los mismos para pedir la separacion.

Con mayoria de razon si la muger hubiese presentado una demanda de separacion, de que el marido hubiese sido absuelto; no

(1) En España las causas de separacion de habitacion se llevan comunmente á los tribunales eclesiásticos; bien que no vemos razon porque no pudiesen conocer de ellas los jueces seglares. (*N. de los edit*)

podrá presentar otra sin tener en su apoyo otros nuevos hechos: otramente el marido puede oponerle la excepcion de cosa juzgada.

521. Recibida la causa á prueba, en vista de la que hubiese hecho la muger, y la del marido, si este hubiese ministrado la suya, despues de la publicacion de probanzas y alegatos el juez dará su sentencia, concediendo la separacion caso de juzgar suficientemente probados los hechos, ó negándola, si no los cree bien probados. Al condenar á la muger á que vuelva con su marido, algunas veces la concede el juez un plazo, como de seis meses, á fin de que pueda calmarse entre tanto el resentimiento que tal vez tuviese el marido por el acto intentado por la muger contra él. Durante este plazo la muger deberá permanecer en el lugar en que desde el principio de la causa estuvo retirada.

§. III.

De los efectos de la separacion de habitacion.

522. Consentida la sentencia de separacion, ó confirmada en grado de apelacion, queda por ella libre la muger de la obligacion contraida en virtud del matrimonio, de vivir en compañia de su marido, y de pagarle el débito conyugal: asi que podrá establecer su domicilio donde mejor le parezca.

La separacion de habitacion importa la de bienes; y por lo mismo la muger podrá compeler al marido para que le restituya su dote, y si hubiese habido entre ellos sociedad conyugal podrá pedir la formacion de un inventario, é instar la particion, si no prefiere renunciar como puede, á los gananciales.

523. Por lo demas, tal separacion no rompe, como tenemos repetido, el vínculo del matrimonio, solo destruye sus efectos, y aun esto no tanto que el marido no conserve todavia un resto de su potestad marital, de suerte que aun despues de la separacion, la muger necesita la autorizacion de su marido, ó en su defecto la del juez que suple y representa aquella, para todos los actos que se refiriesen á la enagenacion de sus bienes raices, pues la separacion solo la autoriza para administrar.

524. Cesan los efectos de la separacion, siempre que la muger separada vuelva voluntariamente á reunirse con su marido, quien por este hecho recobra sus derechos en la persona y bienes de su

muger, la comunidad de bienes se restablece, y hace parte de ella lo que cada uno de los cónyuges hubiese adquirido durante la separacion, como si no hubiesen estado nunca separados, por largo tiempo que lo hubiesen estado; solo que los actos practicados por la muger subsisten, siempre que sean de aquellos para que la separacion la autorizaba, como arrendamientos, etc. (1).

ARTICULO II.

DE LA SEPARACION DE HABITACION PEDIDA POR PARTE DEL MARIDO.

---

525. Puede el marido conseguir una separacion de habitacion contra su muger, siempre que á sus instancias se la declarase convicta del crímen de adulterio.

526. Segun nuestro derecho, solo el marido puede entablar la acusacion de este crimen contra su muger. Muerto el marido sin haberla intentado, sus herederos no podrian objetar este crimen á la viuda, ni les fueran admitidas las pruebas que pretendiesen hacer sobre este particular para no tener que satisfacerle sus derechos de viudedad. De otra suerte seria, si el marido hubiese muerto despues de entablada ya la acusacion, y sin haber desistido de ella, pues en tal caso no es dudoso que los herederos podrian continuar la instancia. Esto se halla conforme con aquella regla de derecho: *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*; *l.* 139, *ff. de Reg. Jur.*

Mas si en vida hubiese desistido de la instancia, ó bien declarado que perdonaba á su muger, sus herederos no podrán continuar la acusacion. Asi se resolvió en un caso en que despues de haber obtenido un fallo que declaraba convicta de adulterio á la muger, mientras seguia la instancia en apelacion, hizo testamento en que declaraba que perdonaba á su muger la falta que contra él habia

(1) Los tribunales eclesiasticos españoles acostumbran conceder aun por causas no muy graves la separacion de habitacion, mas por lo comun la separacion que conceden no es perpetua, si no que segun la gravedad de las causas alegadas, es mayor ó menor el plazo para el cual se concede la separacion. Solo por causas muy graves y muy poderosas se concede un divorcio perpetuo.

Terminado el plazo otorgado para la separacion, la muger ó marido que quiera que contiene la separacion, acude de nuevo al tribunal, exponiendo que subsistiendo los mismos motivos, se prorogue el término de la separacion, a lo cual accede ó se niega el tribunal a su arbitrio discrecional. *(N. de los edit.)*

cometido, protestando sin embargo que el hijo de que se hallaba en cinta, no era suyo. Muerto este hombre, su hermano se presentó á continuar la acusacion, y se presentó al propio tiempo como heredero con beneficio de inventario. Por sentencia definitiva se declaró que no debia ser admitido, y al mismo tiempo se revocó la posesion interina de la herencia que se le habia concedido en perjuicio del hijo que la viuda habia ya dado á luz.

Cuando el marido no se querella, no debe el ministro fiscal entablar tal acusacion, ni mientras subsista el matrimonio, ni despues de disuelto. No obstante si hubiese escándalo y prostitucion pública, sobre todo si el marido fuese cómplice de la prostitucion escandalosa de su muger; podrá el ministerio fiscal intentar la acusacion.

Si la acusacion de adulterio se extendiese, ademas de la muger, á su cómplice, deberia intervenir el ministerio fiscal quien podria examinar de nuevo los testigos.

527. La pena vigente en nuestro derecho contra la muger convicta de adulterio, que hemos sacado de una novela de Justiniano, es la de reclusion en un convento, donde el marido puede verla y visitarla, y restituirla á su casa al cabo de dos años. Si al cabo de este tiempo su marido no la recogiese, se la corta el pelo, y queda en el convento por el resto de su vida. Se la declara ademas sin derecho alguno á su dote y á las ventajas estipuladas en capitulaciones matrimoniales.

Es de notar que la condena á una reclusion perpetua no impide que despues de la muerte de su marido, pueda salir de ella para casarse con otro hombre que la solicitase. En tal caso debe acudir al juez exponiendo este hecho.

ADVERTENCIA.

LOS EDITORES.

Terminamos aqui el presente tratado sobre el contrato de matrimonio, porque en todo el capitulo II y en el III de esta parte VII se limita Pothier á hacer un largo y minucioso comentario sobre el edicto de Francisco II, publicado en julio de 1560, *cuyo objeto es restringir en favor de los hijos que alguna muger tuviese de un matrimonio anterior, las donaciones que con excesiva liberalidad intentasen hacer á los hombres con quienes en segundo ó ulterior matrimonio se casasen.*

Por notables que sean las disposiciones de este edicto obra maestra del célebre canciller de l'Hopital, como no tienen entre nosotros ninguna aplicacion, hemos creido de nuestro deber suprimir como inutiles en España estos dos capitulos que sobre tal materia versan.

Por lo demas no pudiendo los padres por derecho general español perjudicar á sus hijos con liberalidades ejercidas á favor de personas extrañas en mas del quinto de sus bienes, que es lo único de que pueden disponer libremente por donaciones entre vivos ó por causa de muerte, ó por mandas testamentarias, nunca podrán los padres arrebatar impunemente á los hijos de su primer matrimonio los bienes que constituyen su legítima para darlos á su nuevo esposo.

Ya que en Cataluña escribimos, debemos advertir que el derecho municipal del antiguo principado adopta la constitucion Hac edictali lege, 6, cod. de secund. nupt. *que es de los em-*

peradores Leon y Anthemio, y por la cual se establece que nadie que tenga hijos de un matrimonio anterior, pueda dar por ningun título á su muger ó marido que lo fuese en segundas bodas, mas de lo que diere al hijo del referido primer matrimonio, á quien diese menos, cuya disposicion se hace extensiva a los abuleos y bisabuelos respeto de sus nietos ó bisnietos: dando de nulidad lo que las liberalidades ejercidas excediesen de aquel tipo. En Cataluña ha sido preciso adoptar esta restriccion, porque las padres, á diferencia de lo que en Castilla sucede, pueden disponer libremente de las tres cuartas partes de sus bienes, y por consiguiente podia muy bien acontecer que en desmesuradas donaciones del marido á su segunda muger ó de la muger á su segundo marido quedasen desventajosamente perjudicados los hijos de un matrimonio anterior.

Todo cuanto acabamos de decir debe entenderse sin perjuicio de la reservacion á que estan siempre sujetos los bienes que un cónyuge hubiese recibido del otro por título gratuito, y tambien los procedentes por tal título de alguno de los parientes del marido ó de algun extraño por consideracion á este y tambien los heredados de alguno de los hijos. Asi que el viudo ó la viuda pasa á segundas bodas, la propiedad de los bienes reservables pasa á los hijos del anterior matrimonio.

PARTE SEPTIMA.

CAPITULO I.

DE LAS SEGUNDAS NUPCIAS.



528. Está permitido á un hombre ó muger contraer cuantos matrimonios quiera, con tal que sean sucesivos, es decir, el uno despues de la disolucion del otro. *Mulier alligatta est legi, quanto tempore vir ejus vivit: quod si dormierit vir ejus, liberata est: cui vult nubat, tantum in Domino, S. Paulus, I ad Corinth. cap. 7.*

Ha habido no obstante una secta de hereges llamados *Cathares*, es decir, *Puros*, que á pesar de este texto tan formal de S. Pablo, condenan los segundos matrimonios. El concilio de Nicea, *can.* 8, prohibe admitir esos hereges al gremio de la iglesia, si no abjuran antes tal error.

529. La iglesia permite no solo celebrar segundos matrimonios, sino todos cuantos se quiera, sin fijar el número; como se celebren sucesivamente y despues de los precedentes. Lo enseña asi S. Agustin; *de bon. vid.*, *cap.* 11; *cans.* 31, *quæst.* 2, *can.* 13.

Por lo cual deberá mirarse como opinion exagerada la de S. Basilio, quien en su epístola canónica á Amfiloco, *can.* 50, sienta que los terceros y últimos matrimonios son mas bien tolerados que permitidos por la iglesia, tolerados como un mal menor para evitar otro mayor, á saber, la fornicacion en que estarian expuestos á caer aquellos á quienes es penoso guardar continencia.

530. Entre los romanos podia una viuda pasar á segundas bo-

das despues de la muerte de su primer marido, tenia empero que esperar á que pasase un año despues de dicha muerte, como que si se casaba antes incurria de pleno derecho en la pena de infamia. La principal razon de esto era *propter turbationem sanguinis*; *l.* 11, §. 1, *ff. de his qui not. infam.*, por el inconveniente que podia dimanar de no poderse determinar si el hijo que de tal muger naciese, pertenecia al primero ó al segundo marido.

Entre nosotros puede la viuda casarse cuando mejor le parezca, conforme lo dispuesto por el derecho canónico, *cap.* 4 *y* 5, *ext. de sec. nupt.*

Nótese que al aceptar la disposicion de esas decretales, estamos muy distantes de admitir la razon en que se fundan, y es que permitiendo S. Pablo á las mugeres casarse despues de la muerte de su marido, no deben las leyes civiles restringir la permision del Apostol. Este es un malísimo modo de argüir. Al permitir el Apostol á las viudas el casarse, no pudo entender hacerlo de otro modo que en cuanto esta permision estuviese conforme con las leyes civiles. S. Pablo que tan bien comprendia el deber de acatar las leyes de los príncipes, cuando recomienda que *omnis anima sublimioribus potestatibus subdita sit*, estaba muy distante de pensar que esta permision pudiese entenderse en perjuicio de las disposiciones de la autoridad secular. No fué, pues, la razon que las decretales alegan, la que hizo admitir su disposicion, sino porque se creyó inutil obligar á una viuda á esperar un año para casarse, cuando por otra parte á algunas habia de serles sumamente perjudicial aguardar este tiempo, como sucederia á la que al morir su marido, se hallase al frente de un grande establecimiento industrial ó mercantil que no puede cuidar por sí sola.

Por lo mismo en los estados en que la ley civil exige el transcurso de un determinado plazo desde la muerte del marido, para que su viuda pueda casarse con otro, como en Prusia donde por el código de Federico se exige el trascurso de nueve meses, como no medie dispensa del rey, ninguna muger católica padria casarse antes de este plazo sin faltar no solo á la ley civil, sino tambien á la conciencia y á Dios que manda obedecer á las autoridades.

531. Fáltanos observar que aun cuando la iglesia haya permitido siempre los segundos y ulteriores matrimonios, los ha mirado tambien como desfavorables, y sospechosos de incontinencia; por esto antiguamente se sugetaba á una pena á los que los contraian; *Concil. Neocesar.*, *can.* 3. Por igual razon segun muchos rituales no se dá á los segundos matrimonios la misma bendicion que á los primeros.

FIN DEL TRATADO DEL CONTRATO DEL MATRIMONIO.

INDICE.

De las Partes, Capítulos, Artículos, Cuestiones, Secciones, Casos, Apéndices, Especies y Párrafos cotnenidos en el TRATADO DEL CONTRATO DEL MATRIMONIO.

PARTE PRIMERA.

QUE ES EL CONTRATO DE MATRIMONIO, CUALES ERAN ENTRE LOS ROMANOS LAS DIFERENTES ESPECIES DE MATRIMONIO, Y QUE LEYES RIGEN EN ÉL.

PARTE SEGUNDA.

DE LAS COSAS QUE ACOSTUMBRAN PRECEDER AL MATRIMONIO.

PARTE TERCERA.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN CONTRAER MATRIMONIO ENTRE SI, Y DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO QUE SE ENCUENTRAN EN LAS PERSONAS.

PARTE CUARTA.

DE LAS FORMALIDADES DEL CONTRATO DE MATRIMONIO, Y DEL TESTIMONIO QUE DE ÉL DEBE LEVANTARSE.

PARTE QUINTA.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO, Y DE SUS EFECTOS CIVILES.

PARTE SEXTA.

DE LA ANULACION DE LOS MATRIMONIOS, DE SU DISOLUCION, Y DE LA SEPARACION DE HABITACION.

PARTE SEPTIMA.

FIN DEL INDICE.

TRATADO DE LA POTESTAD DEL MARIDO SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LA MUGER.

Articulo preliminar.

El matrimonio al establecer entre el marido y la muger una sociedad cuyo gefe es el marido, confiere á este en calidad de tal un derecho potestativo sobre la persona de la muger, el cual se extiende asimismo sobre sus bienes.

En la primera parte trataremos del poder que tiene sobre la persona: en la segunda de la que ejerce sobre los bienes.

PARTE PRIMERA.

DEL PODER DEL MARIDO SOBRE LA PERSONA DE SU MUGER.

ARTICULO PRIMERO.

1. Por derecho natural el poder del marido sobre la persona de su muger consiste en el derecho de exigirla todos los deberes de sumision que á un superior son debidos.

Uno de sus principales efectos es el derecho que tiene el marido de obligarla á que le siga donde quiera que crea conveniente establecerse, con tal no obstante que no sea fuera del reino y en pais extrangero, porque si el marido abandonando su patria tratase de establecerse en tal pais, entonces la muger que todavia debe mas á su patria que á su marido, quedaria relevada de la obligacion de seguirle é imitarle en accion tan poco laudable.

El derecho civil ha aumentado mucho la potestad marital sobre la persona de la muger.

Por el antiguo derecho romano el poder que un padre de familias tenia sobre la persona de su muger, era ilimitado, igual en un todo al que le competia sobre sus hijos y esclavos. Adquiria ese poder de tres diferentes maneras, *confarreatione*, *coemptione et usu*. Los que deseen conocer estas tres maneras de adquirir la potestad marital, y en que ella consistia, pueden consultar nuestras *Pandectas ad tit. de his qui sui vel al.*, y sobre todo las notas.

2. Nos limitaremos á manifestar en que consiste entre nosotros.

Nuestras costumbres han colocado á las mugeres en tal dependencia respeto de sus maridos, que no pueden hacer nada que válido sea y produzca efectos civiles, sin ser habilitadas y autorizadas por ellos para hacerlo.

Principio es entre nosotros que ninguna muger casada puede donar, enagenar, disponer ni de otra suerte contratar entre vivos sin la autorizacion y consentimiento de su marido.

Acerca de esta autorizacion vamos á ver en la primera seccion que sea, en que se funda, y de que manera puede suplirse: en la segunda seccion que mugeres necesitan la autorizacion del marido, y que maridos pueden darla: en la tercera, para que actos es necesaria y para cuales puede la muger prescindir de ella: en la cuarta, como y cuando debe ser interpuesta: y por fin en la quinta seccion expondremos el efecto asi de la autorizacion como de su falta.

SECCION I.

QUE ES LA AUTORIZACION DEL MARIDO, EN QUE SE FUNDA, CUANDO LA MUGER COMIENZA A NECESITARLA Y DE QUE SUERTE PUEDE SER SUPLIDA.



§. 1.

Qae es la autorizacion del marido, y en que se funda.

3. La autorizacion del marido de que tiene necesidad la muger, puede definirse diciendo que es un acto por el cual el marido habilita á su muger para hacer algo que no puede ella practicar válidamente de otra suerte que consultando su voluntad.

Esta necesidad en que la ley constituye á la muger, no se funda en la debilidad del sexo y en la poca consistencia de su razon; como que ni las solteras ni las viudas han menester tal autorizacion, á pesar de que nadie dirá que sean menos débiles y fragiles que las casadas.

Fúndase pues únicamente en la potestad que ejerce el marido sobre la persona de su muger, en fuerza de la cual no puede ella hacer nada sin que se sugete á la voluntad del gefe de la familia.

4. De ahí se sigue que la autorizacion del marido es harto diferente de la autoridad que un tutor interpone en lo que hace su pupilo. Esta última se requiere sola y exclusivamente en favor del pupilo á fin de que no sea sorprendido ni contraiga obligaciones de que pueda sentir perjuicios. asi es que la falta de la autoridad del tutor en los negocios del pupilo, pueden solo oponerla el menor y sus habientes derecho y representantes. Si el menor cree serle ventajoso el contrato celebrado sin la autoridad de su tutor, puede demandar su ejecucion y cumplimiento, sin que aquellos con quienes contrató, puedan oponerle la falta de intervencion del tutor; *Instit. Justin. in princ. tit, de auct. tut.*

Por el contrario exigida la autorizacion del marido no en favor de la muger, sino del mismo marido, para conservar el poder que tiene sobre la persona de su muger, para la nulidad de un acto sin tal autorizacion practicado por esta, no importa que ese acto la sea ventajoso ó perjudicial, de tal suerte que hallamos decidido que fuera nula la aceptacion que hiciese la muger sin la autorizacion del marido, de una donacion á ella otorgada pura y simplemente.

5. Nace ademas de ahí otra diferencia entre la autorizacion del marido y la del tutor. La nulidad proveniente de la falta de intervencion del tutor en un contrato del pupilo, es solo relativa, que no tiene lugar sino en el caso en que el menor crea que el contrato le es perjudicial. Asi es que si el menor constituido ya en mayor edad lo aprueba de cualquier manera que sea, ora expresamente ratificándolo, ora tácitamente dejando pasar el término de pedir la restitucion sin contradecirlo, tal aprobacion purifica el vicio proveniente de la falta de intervencion por parte del tutor, y el contrato siendo autorizado por escribano, lleva hipoteca sobre los bienes del menor desde el dia de su fecha.

Por el contrario como la autorizacion del marido es indispensable á fin de habilitar á la muger para contratar, de lo cual es absolutamente incapaz sin dicha autorizacion mientras se halla bajo la potestad marital, la nulidad de los contratos por ella sin este requisito celebrados es absoluta, y no puede ser purificada ni salvada por la ratificacion otorgada por la muger ya viuda. Tal ratificacion podria considerarse á lo mas como un nuevo contrato, que solo puede producir sus efectos desde el dia de su celebracion.

6. Esta autorizacion no es un nuevo consentimiento: el contra-

to celebrado por la muger que el marido hubiese consentido y firmado, no será por esto válido, si no hubiese expresamente dicho que autorizaba á la muger para celebrarlo.

§. II.

Cuando comienza la muger á necesitar la autorizacion.

7. La potestad que el marido ejerce sobre la persona de la muger es un efecto del matrimonio, y por lo mismo solo con él puede comenzar, que nunca precede el efecto á la causa. Si pues solo desde el dia de la bendicion nupcial pasa la muger á estar bajo la potestad marital, solo desde este dia debe empezar la necesidad de ser ella autorizada por el marido para los contratos y actos civiles, ya que esa necesidad es otro de los efectos de la potestad marital.

8. Hay sin embargo algun derecho consuetudinario que impone esta necesidad á la muger desde que se halla prometida esposa de alguno. Por ridícula que sea tal disposicion, debe seguirse donde impere.

9. Siempre empero será preciso que los esponsales sean públicos, pues de lo contrario seria exponer á inmerecidos perjuicios á los que contratasen con una muger que nadie sabia que estuviese comprometida por esponsales.

10. Siendo esta potestad concedida al futuro esposo sobre su futura un efecto anticipado del matrimonio tratado, no tendrá efecto, cuando el matrimonio no se realiza.

11. Esta disposicion que es del derecho consuetudinario de Artois, solo obligará á las mugeres en aquel territorio domiciliadas al tiempo de celebrar los esponsales.

§. III.

De que manera suple el juez la autorizacion del marido.

12. Como podria suceder que un marido no quisiese autorizar á su muger para actos que ella tuviese interes en practicar, ó que se hallase demasiado lejos para poder hacerlo con la prontitud necesaria, se han prevenido estos casos permitiendo á la muger acudir al juez á fin de que supla la autorizacion del marido que no quiere ó no puede otorgarla. En el recurso debe la muger exponer el

acto para que desea ser autorizada, indicando las ventajas que de él espera, la ausencia del marido ó su negativa que hará constar por medio del requirimiento que le haya dirigido. El juez con conocimiento de causa la autoriza en virtud del auto formal que pone al pie de la solicitud: esta autorizacion judicial es representativa y supletoria de la del marido, y habilita perfectamente á la muger de la propia suerte que interviniendo la autorizacion del marido.

13. La única diferencia que hay es que si la muger casada contrae alguna obligacion autorizada solamente por el juez, el acreedor no puede hacerse pagar el crédito de los bienes de la comunidad ó sociedad conyugal, mientras ella subsista, sino en cuanto la comunidad hubiese reportado provecho del negocio en cuya virtud se obligó la muger, salvo el derecho que le queda á dicho acreedor para dirigirse despues de disuelta la sociedad conyugal contra los bienes de la muger; cuando por el contrario respeto de las obligaciones contraidas por la muger previa la autorizacion del marido, este que las ha aprobado en fuerza de la autorizacion, no puede oponerse á que sea satisfecho el acreedor de los bienes de la comunidad, quedándole solo el derecho de hacerse reintegrar la cantidad pagada, asi que la sociedad conyugal quede disuelta, si la deuda fuese concerniente á negocios personales de la muger, de que solo ella haya reportado provecho y sea la única deudora.

14. La autorizacion del juez que á falta de la del marido habilita á la muger para contratar ó presentarse en juicio, es un acto que concierne al estado civil de la persona de la muger; y por consiguiente solo el juez seglar podrá darla.

SECCION II.

QUE MUGERES NECESITAN LA AUTORIZACION DE SUS MARIDOS, Y QUE MARIDOS PUEDEN CONCEDERLA.



ARTICULO I.

QUE MUGERES NECESITAN LA AUTORIZACION DE SUS MARIDOS.

Vamos á tratar esta cuestion con respeto 1.° á las mugeres que

tienen separados sus bienes de los de su marido, 2.° á las que ejercen algun comercio, 3.° á aquellas cuyo marido hubiese perdido su estado, 4.° ó bien el uso de la razon, 5.° á aquellas de cuyo marido se ignora el paradero, 6.° y por fin con respeto á aquellas cuyo marido es tenido públicamente por muerto.

§. I.

De las mugeres que tienen separacion de bienes.

15. Hija del poder marital la necesidad en que se halla la muger de conseguir la autorizacion de su marido para contratar y no de la comunidad de bienes é intereses que media entre ella y su marido, síguese que una muger aun cuando tenga separados sus bienes de los de su marido, ora sea por capitulaciones matrimoniales, ora por sentencia de separacion, no por esto queda exenta de dicha necesidad, como no se trate de actos concernientes á la administracion; pues solo hay esta diferencia entre la muger que tiene separacion de bienes y la que no la tiene, á saber que la primera puede practicar por sí y sin ser autorizada los actos concernientes á la administracion de sus propios bienes, al paso que la última no puede emprender sin dicho requisito ningun contrato ni acto alguno de cualquier naturaleza que sea, y cualquier objeto que tenga.

16. Hay algunas costumbres que se apartan de estos principios, y admiten que la muger separada de bienes pueda hacer los actos y contratos que quiera sin necesidad de la autorizacion del marido.

17. Se ha dudado si aceptar la redencion de un censo era un acto de mera administracion de manera que pueda practicarlo por sí y sin previa autorizacion una muger separada de bienes. Fundábase la duda en que tal acto es absolutamente necesario, como que la muger no podia menos de aceptar la redencion. Mas como encierra la enagenacion de capital y la extincion del censo que es una cosa inmueble, y como por otra parte el marido tenga interes en intervenir en ese acto para cerciorarse del empleo que se da á la cantidad cobrada para seguridad de las cargas matrimoniales á que debe contribuir la muger; se juzgó que era indispensable para tal acto la autorizacion del marido y en su defecto la del juez. Asi es que si cuando el deudor ofrece á la muger la redencion

del censo, ella no presenta una escritura de autorizacion de su marido, podrá aquel pedir que el dinero quede depositado en poder del escribano hasta que vaya á recogerlo la muger habilitada con la competente autorizacion del marido. De esta suerte paga con toda seguridad, y desde el momento de la consignacion no deberá satisfacer intereses.

Por razon análoga si una muger hubiese vendido, con la debida autorizacion, alguna heredad cuyo precio no se le hubiese satisfecho á la sazon, necesitará todavia la autorizacion del marido para cobrar este precio, porque debe ser invertido y el marido tiene interes en saber como.

18. Para que una muger pueda considerarse como separada de bienes al efecto de que pueda emprender por sí los actos de simple administracion, no basta que haya conseguido una sentencia de separacion, sino que es preciso que esta sentencia haya sido ejecutada ora por la restitucion de la dote, ora por una instancia entablada y subsistente con el objeto de conseguirla. La razon es que una sentencia de separacion no ejecutada se reputa nula, y como si no se hubiese dado.

19. La clausula de exclusion ó renuncia á la comunidad ó sociedad conyugal no releva á la muger de la necesidad de ser autorizada para ningun acto, ya que esta cláusula no priva al marido del derecho de administrar y disfrutar los bienes de su muger *ad sustinenda onera matrimonii.*

§. II.

De la muger que ejerce algun comercio.

20. La muger que hace algun comercio ó negocio separado é independiente del que tal vez haga su marido, puede obligarse sin la autorizacion de este, en cuanto las obligaciones que contraiga sean concernientes á ese comercio, y no otramente.

Si la muger no hiciese mas que ayudar á su marido, vendiendo con él en la tienda, ó despachando en su escritorio; entonces para los contratos y actos que por sí y para sí haga necesitará la autorizacion del marido. En cuanto á las compras y ventas y demas tratos relativos al comercio ó industria de su marido, que este acostumbre permitirle, no es ella la que contrata por sí y para sí, sino que presta su ayuda y ministerio al marido.

Asi pues para que se entienda que una muger ejerce algun comercio, es preciso que lo haga públicamente, con entera independencia de su marido, ora este no haga ninguno, ora lo haga absolutamente diverso y separado.

21. Una muger que tal comercio independiente ejerza, podrá hacer válidamente por sí y sin autorizacion de su marido todos los contratos y actos que dependan y tengan relacion con su comercio: asi podrá comprar y vender los géneros propios del mismo y comprar los útiles, y contratar trabajadores y pagar los jornales, tirar, endosar y aceptar letras de cambio, en cuanto la expedicion de los negocios lo requiera.

La conveniencia pública y la necesidad del comercio han hecho que se dispensase á la muger dedicada á algun ramo de comercio ó industria de la obligacion de ser autorizada por su marido; que no es posible que una muger en tales circunstancias traiga siempre á su lado al marido para que la autorice para todos los actos, ya que los hay que no admiten demora.

22. La muger que tenga un establecimiento público de comercio ó industria, no solo se obliga á sí misma con los contratos que haga, sino que ademas obliga á su marido, si hay entre ellos comunidad de bienes ó sociedad conyugal; que tanta fuerza tiene su aprobacion que se reputa dar el marido al comercio que ejerce la muger con su ciencia y paciencia, como que con ella se entienden aprobados y robustecidos por él cuantos contratos en el ejercicio de su comercio realice la muger.

§. III.

De la muger cuyo marido ha perdido el estado civil.

23. Siendo la necesidad de autorizacion un efecto civil del poder que tienen los maridos sobre las mugeres, síguese que si el marido hubiese perdido en virtud de una sentencia capital el estado civil y los derechos á él anexos, quedaria extinguido su poder sobre la muger, la cual quedaria libre, y podria celebrar todos los actos y contratos que bien le pareciesen, sin necesidad de autorizacion por parte de su marido, de la propia suerte que si fuese soltera ó viuda.

Tampoco debe hacerse autorizar por el juez, porque la autorizacion judicial es supletoria de la del marido; y como no hay necesidad de esta por ser libre la muger en cuanto á los efectos civiles, tampoco será necesaria la otra que solo la suple y representa.

24. Si el marido hubiese sido condenado en rebeldia á la pena capital, no podrá contratarse con toda seguridad con su muger, á no ser que precediese cuando menos la autorizacion del juez á falta de la del marido. Es verdad que si el marido muriese despues de transcurridos cinco años contaderos desde que se dió la sentencia, sin haberse presentado, se reputa haber perdido el estado civil desde que fué fulminada la sentencia, y que por consiguiente todos los actos que la muger hubiese practicado en el entretanto sin autorizacion de su marido, serian válidos; pero tambien debe tenerse presente que si la muerte del marido acaeciese durante los cinco años expresados, ó en el mismo plazo fuese cogido ó se presentase, queda nula y sin efecto la sentencia pronunciada en su ausencia y rebeldia, y que por lo mismo no podrá reputarse que la muger haya estado libre del poder marital, ni darse por válido lo que sin la autorizacion del marido hubiese practicado.

§. IV.

De la muger cuyo marido se hubiese vuelto demente.

25. La demencia es una enfermedad que no debe privar al marido de sus derechos ni del poder que tiene sobre la persona de su muger; solo impide el ejercicio de estos derechos y de este poder. Asi pues la muger sugeta al poder marital en defecto de la autorizacion que su marido debiera y no puede darle, debe acudir á la autorizacion judicial, supletoria de aquella.

26. Si la muger fuese nombrada por el juez curadora de la persona y bienes de su marido demente, tal nombramiento envuelve de necesidad la competente autorizacion para administrar tanto los bienes de su marido como los suyos propios. Y aun cuando para administrar no necesita otra autorizacion, necesitaria sin embargo una especial siempre que tratase de vender una heredad suya, de aceptar ó repudiar una herencia, ó de practicar cualquier otro acto que excediese los límites de una mera administracion.

§. V.

De la muger de cuyo marido se ignora el paradero.

26. Por mas que ignore el paradero de su marido, y si es vivo ó muerto, debe la muger acudir al juez para que la autorice en defecto del marido; porque como solo la muerte del marido podria librarla de su poder, y darla la facultad de contratar sin su autorizacion, que perdió al casarse; no podria fundar la validez de los actos practicados en tal estado de duda, ya que no le seria posible probar que á la sazon habia muerto el marido.

Pero como en esta situacion habria de serle engorroso y casi imposible á una muger acudir al juez á fin de impetrar la autorizacion para cada uno de los actos de la administracion de los bienes propios y del marido, creo deber ser considerados como válidos todos los actos practicados por la muger conducentes á la administracion: no obstante lo mas seguro es que se haga autorizar para esta administracion.

§. VI.

De la muger cuyo marido es creido generalmente muerto.

28. Si la muger y los que con ella contrataron, tuvieron un motivo fundado para creer que el marido habia muerto, y que por lo mismo la esposa se hallaba en el caso de poder contratar libremente, como si á ese hombre se le hubiese visto entre los muertos en un campo de batalla, y creídole tal, y se hubiesen dado certificaciones en debida forma de tal muerte, y la muger apoyada en estos documentos hubiese celebrado sin autorizacion algunos contratos; en tal caso si el marido compareciese de nuevo, yo creo que la buena fé de la muger y de los que con ella contrataron debe ser bastante á suplir la falta de la formalidad de la autorizacion, y á hacer válidos por lo tanto esos contratos. Aqui tiene adecuada aplicacion aquella máxima de los intérpretes: *Error communis facit jus.* Cuando el público tiene motivos para creer que una persona tiene tal ó cual estado, que en realidad no tiene, el interes del comercio y de la sociedad civil exige que los actos que practica esa persona en el concepto que se le atribuye, sean válidos, de la propia suerte que si realmente se hallase en el estado que no tiene. Asi es que en el caso propuesto los actos que como viuda practicó la muger á quien el público creia con fundamento tal, deben reputarse tan válidos, como si verdaderamente lo hubiese sido. Véase á Bartolo, y demas doctores *ad l. Barbarius Philipus, ff. de off. prætor.*

ARTICULO II.

QUE MARIDOS PUEDEN AUTORIZAR A SUS MUGERES.

——

29. Por mas que sea menor tiene el marido el poder marital sobre la persona de su muger, aun cuando ella hubiese alcanzado ya la mayor edad. Asi es que podrá aun en ese caso conceder la autorizacion de que vamos hablando, á su muger, sin distincion alguna de la edad que ella ó él tenga, ya que el derecho de autorizacion no es efecto de la edad sino de la potestad marital que confiere el matrimonio.

30. Un marido menor por mas que no tenga facultad para enagenar sus bienes raices, puede autorizar á su muger para que venda los que le pertenezcan. La muger mayor de edad puede enagenar por sí misma, y como si es casada solo necesita la autorizacion de su marido, una vez obtenida esta, aun cuando el marido sea menor, será válida la enagenacion que verifique, sin que por ningun estilo pueda pedir la restitucion por entero para revocarla.

Si empero el marido menor sufriese algun perjuicio por la autorizacion que otorga para la enagenacion de una finca de su muger, á causa de no haber recibido algo equivalente al goce de esta finca de que la sociedad conyugal está privada, entonces como que los menores pueden ser restituidos contra todos los actos que hubiesen practicado en perjuicio de sus intereses, el marido menor podrá hacer rescindir la autorizacion por él otorgada á su muger para dicha enagenacion, y rescindida y anulada la autorizacion, lo quedará el acto en virtud de la misma celebrado.

Si el marido menor no sufriese perjuicio alguno con la enagenacion, ni él podrá atacarla, porque la restitucion solo se le concede contra actos perjudiciales; ni la muger tampoco, porque

siendo mayor puede practicar por sí cualquier enagenacion sin mas que la formalidad de la autorizacion del marido.

Ejemplo: De esta suerte fuera si un marido menor de edad hubiese autorizado á su muger para hacer donacion entre vivos de una heredad con reserva del usufruto para durante su vida, porque aquí la comunidad ó sociedad conyugal no sufre perjuicio alguno, ya que disfrutará mientras subsista de la finca enagenada.

31. Siendo menores así la muger como el marido, este podrá autorizar á aquella para todos los actos que pueden practicar los menores emancipados sin necesidad de curador, como son todos los actos de simple administracion, pero no para los demas concernientes á la propiedad de los bienes raices.

Si el marido es mayor de edad puede hacer las veces de curador respeto de su muger menor de edad.

32. Por lo que hace á aquellos actos que un menor no puede practicar ni aun con asistencia de un curador, no podrá tampoco un marido aun que sea mayor de edad, validarlos autorizando á su muger para que lo practique.

Ejemplo: Así es que la enagenacion voluntaria que la muger hubiese realizado de alguna de sus fincas, no dejaria de ser nula por mas que para practicarla hubiese sido autorizada por su marido constituido en mayor edad.

Sin embargo tal autorizacion no fuera de todo punto inútil; porque siendo solo relativa la incapacidad de una muger menor para las enagenaciones voluntarias de sus bienes raices, é introducida á favor de los menores, la nulidad que en tal incapacidad se funda, es tambien relativa, por manera que hecha la enagenacion previa autorizacion del marido, puede subsistir con tal que la muger en tiempo oportuno no consiga para impugnarla la restitucion por entero, y la nulidad se desvanece con la aprobacion que ella dá siendo ya mayor á su acto ora expresa, ora tácitamente dejando pasar el cuadrienio legal para pedir la restitucion.

Por el contrario la incapacidad en que se halla la muger casada para contratar sin autorizacion de su marido, es absoluta, y por consiguiente la nulidad de los actos sin tal autorizacion por ella practicados es asimismo absoluta, lo cual hace que esos actos nunca pueden llegar á ser válidos, sin que sea necesario implorar contra ellos la restitucion por entero.

SECCION III.

PARA QUE ACTOS Y OBLIGACIONES ES NECESARIA LA AUTORIZACION DEL MARIDO Y EN QUE CASOS PUEDE LA MUGER PRESENTARSE EN JUICIO SIN SU MARIDO.



§. 1.

Para que actos.

33. La muger casada no puede enagenar ni necesaria ni voluntariamente ninguna cosa ora sea raiz, ora mueble sin la autorizacion de su marido. No puede cobrar una deuda, porque el cobro es la enagenacion del crédito.

Si la muger paga lo que debe, segun la sutileza del derecho, podria parecer que el pago no es válido, ya que envuelve la enagenacion de las cosas pagadas. No obstante si la deuda fuese cierta, si el plazo hubiese vencido, para evitar un círculo vicioso de acciones tenerse ha por válido el pago hecho por la muger sin autorizacion de su marido. Lo cual deberá tener lugar tanto mas, si el acreedor hubiese ya consumido de buena fe el dinero recibido, *arg. l. 9, §. 2, ff. de auct. tut.*

Tampoco puede la muger repudiar sin autorizacion del marido una herencia; porque esta repudiacion encierra la enagenacion del derecho de sucesion que le compete.

Tampoco podria aceptarla ni expresamente ni practicando algunos de esos actos que se llaman de heredero; porque tal acceptacion envuelve una obligacion que el heredero contrae á favor de los acreedores y legatarios de la herencia, y la muger casada no puede sin licencia del marido contraer obligaciones.

34. En efecto son nulos todos los contratos celebrados por la muger sin autorizacion del marido, ora le sean perjudiciales ora le sean provechosos: de la propia suerte que no puede obligar los otros á su favor, tampoco puede obligarse ella á favor de los demas. Ni tan siquiera puede acceptar válidamente una donacion, segun dejamos ya sentado antes, *n.* 3.

35. Ademas de las excepciones que sufren estos principios, y hemos explicado en la seccion anterior, los autores que han tra-

tado de esta materia, acostumbran exceptuar tambien de la necesidad de la áutorizacion el contrato que celebrase una muger para sacar á su marido de la cárcel.

36. Lebrun hace tres observaciones, 1.ª que esto debe restringirse al caso en que el marido no pudiese ser librado de la carcel de otro modo.

37. 2.ª Que la muger podrá ser dispensada de la necesidad de autorizacion en un contrato celebrado para libertar á su marido que se halla ya preso, pero no respeto de un contrato que celebrase para impedir que fuese encarcelado.

38. 3.ª Que cuando la muger es menor, deberá en tal caso hacerse autorizar por el juez.

39. Algunos autores han creido y sostenido que supuesto que la muger casada puede válidamente contratar sin autorizacion cuando se trata de libertar al marido de la carcel, podrá hacerlo de la propia suerte para librarse á si misma, si estuviese presa por estelionato.

40. Lebrun es de contrario dictámen, fundado en que si se dispensa á la muger de la necesidad de hacerse autorizar, cuando trata de sacar de la carcel á su marido, es por una razon peculiar á este, porque introducida la necesidad de la autorizacion en beneficio del marido, no debe ser aplicada en perjuicio suyo en una ocasion tan importante: ahora bien como esta razon no tiene lugar respeto de la muger, no deberá ser dispensada, si trata de librarse á si misma, puesto que caso de negarse á autorizarla el marido, puede acudir al juez, quien por motivo tan poderoso no dejará de atenderla.

Mas si una muger que ejerce algun comercio propio, por razon del mismo fuese encarcelada, conviene Lebrun en que es válido el contrato que celebre sin autorizacion para salir de la prision con el acreedor que la tiene en ella; porque es uno de los contratos relativos á su comercio que la ley le permite celebrar sin licencia de su marido.

41. Ademas del caso en que una muger celebra algun contrato para libertar de la prision á su marido, hay fallos que han aprobado otros contratos no autorizados por el marido tratandose de casos favorables, como cuando la muger en ausencia de su marido constituye un dote módico á la hija comun ora para casarse, ora para entrar en religion. Tales fallos no deben servir de antecedentes para casos análogos, puesto que aun entonces debe la muger acudir al juez para que supla la licencia del marido.

42. Algunos autores exceptuan de la necesidad de la autorizacion aquellos contratos que medien durante el metrimonio entre marido y muger, como son las donaciones mutuas. Sin embargo me parece que sus argumentos no son bastante sólidos.

Dicen, 1.º que siendo la necesidad de la autorizacion un derecho introducido á favor del marido, no se debe nunca volverlo contra él y en su perjuicio, cuando tiene interes en que los contratos sin su autorizacion celebrados sean válidos. Esto se halla desmentido por la ordenanza de 1731 que da de nulidad las donaciones aceptadas por la muger sin autorizacion del marido, tanto si hay entre ellos comunidad de bienes como si no la hay, por mas que en los dos casos y sobre todo en el primero habia de ganar el marido.

Dicen, 2.º que el marido no puede autorizar á su muger en un contrato en que tiene una parte tan directa y tan principal: *nemo potest anctor esse in rem suam*. Si pues la ley permite y aprueba contratos entre marido y muger, aprueba contratos para los cuales no puede ser autorizada la muger por el marido, y por lo mismo tácitamente dispensa en ellos la autorizacion del marido. Tampoco es buena esta razon. Un tutor no puede ser *auctor in rem suam*, porque su autoridad se requiere precisamente para velar por los intereses del menor, lo cual no podria cumplirse cuando por razon de celebrar tutor y menor un contrato sus intereses fuesen encontrados. Mas la autorizacion del marido no es requerida para vigilar los intereses de la muger que es bastante capaz para vigilarlos por sí, sino al efecto de habilitarla para contratar, y habilitarla asi puede hacerlo para un contrato en que tenga él propio parte, como para otro cualquiera.

Por lo mismo creo que á pesar de la opinion de tales autores, lo mas seguro es que el marido autorice á su muger aun en los contratos que los dos celebren.

43. Por derecho comun la necesidad de la autorizacion solo se entiende respeto de los actos entre vivos que quiera emprender una muger, mas de ninguna manera respeto de las disposiciones testamentarias. Fúndase esto, 1.º en que la naturaleza de estas disposiciones requiere que sean la expresion genuina de la voluntad absolutamente libre de solo el testador, sin influencia ni intervencion

de la de otro: 2.° en que siendo el testamento la última voluntad en que muere el testador, no tienen su ser y verdadera existencia hasta despues de la muerte de este, en cuya época cesa la potestad que el marido tenia sobre la persona de su muger, y debe cesar por lo mismo la necesidad de la autorizacion.

44. No obstante hay algunas costumbres locales, como la del Nivernes, Bourbones, de Borgoña y Normandia que aun para las disposiciones testamentarias requieren la autorizacion del marido.

45. Esta restriccion de las últimas disposiciones, como odiosa solo debe afectar á las mugeres domiciliadas en los distritos en que ella rige. En virtud de este principio podria parecer que el testamento de una muger en tales distritos domiciliada, otorgado sin autorizacion del marido, deberia purificarse de este vicio, si la testadora muriese despues en otro pais en que no se exigiese para testar la autorizacion del marido, ya que el testamento solo recibe su perfeccion y complemento con la muerte del testador. No obstante destruye este argumento la ley 1, §. 8, *ff. de bon. poss. sec. tab.* que exige la capacidad de testar en el testador tanto en el acto de hacer el testamento como en el de su muerte. Y esta decision se funda en que esa perfeccion misma que la muerte da al testamento supone la existencia anterior de ese testamento; que malamente podria perfeccionarse lo que todavia no hubiese comenzado á existir. Y como no ha comenzado á existir un testamento nulo por falta de capacidad en la persona del testador, claro es que no puede ser perfeccionado con la irrevocabilidad y seguridad de los derechos de los favorecidos por él. He aqui porque el testamento hecho sin autorizacion del marido por una muger domiciliada en un pais en que tal autorizacion fuese necesaria en los testamentos, no podria recobrar fuerza y valor por morir despues esa muger en otro pais en que dicha autorizacion no fuese necesaria para testar.

46. Si la muger hubiese hecho testamento en estado ó lugar en que no se requiera para hacerlo la licencia del marido, valdrá el testamento, aun cuando despues muriese en lugar ó estado en que dicha licencia era necesaria. Y aun que esto parece contrario á lo que acabamos de sentar, no lo es, si bien se mira, ya que el derecho consuetudinario que prescribe como necesaria la autorizacion del marido, la limita á la confeccion del testamento, y no la

ordena para los testamentos ya hechos por una muger en tiempos en que era libre, ó vivia en pais en que tal autorizacion no se requeria.

47. Aun segun las costumbres que hacen necesaria la autorizacion del marido para que una muger pueda hacer testamento, no la necesita para revocarlo, porque para ello basta que de cualquier manera aparezca que cambió su voluntad.

48 Lo que llevamos dicho respeto de los testamentos, no debe extenderse á los contratos cuya ejecucion fuese diferida para despues de la muerte de la muger. En todos lugares y circunstancias es necesario que para tales contratos sea la muger autorizada por el marido; porque ellos por mas que diferidos en cuanto á la ejecucion, toman fuerza y producen ya sus efectos desde el momento mismo de ser celebrados.

49. La autorizacion del marido debe solo intervenir en los actos que la muger ejecuta en su propio nombre, no cuando obra como procuradora, ya de su marido ya de cualquier otro extraño ya que en tales casos no es ella la que contrata, sino su principal ó mandante.

Por esta misma razon tampoco tiene necesidad de licencia la muger para los contratos que haga con los mercaderes y artesanos para las provisiones y uso ordinario de la casa; es costumbre general que el marido expresa ó tácitamente encargue la administracion doméstica á la muger, y por lo mismo en tales asuntos obra ella como procuradora en nombre y representacion del marido.

§. II.

Para que obligaciones necesita la muger la autorizacion del marido.

50. Por regla general la muger no puede contraer ninguna obligacion sin estar autorizada por su marido. No obstante hay algunas excepciones que debemos exponer.

Todas las obligaciones que no nacen de un acto propio de la muger, sino que derivan de cuasi-contrato en virtud de un hecho ageno, las contrae la muger aunque no esté autorizada por su marido.

Ejemplo: Si en ausencia de la muger y del marido una persona extraña hiciese reparar una casa de propiedad de aquella, queda

obligada sin necesidad de autorizacion *ex quasi-contractu negotiorum gestorum*; porque no es un hecho propio lo que la obliga, sino el hecho del *negotiorum gestor*.

Lo mismo debe decirse respeto de las otras obligaciones, que emanan de la ley sola ó de la equidad.

51. Despréndese de ahí la solucion de la cuestion siguiente: Yo presté á una muger no autorizada por su marido mil escudos que ella invirtió, pudiendo hacerse constar, en el pago de varias deudas: ¿podré reclamar dicha partida? Por la accion de mutuo, no, porque no pudo celebrarlo ni quedar por él obligada, ya que no estaba autorizada por su marido; pero cabe en ella la obligacion que forma la ley natural al prescribir que nadie puede hacerse mas rico á costa y con daño de otro; *l.* 206 *ff. de reg. jur.* En virtud pues de esta ley natural queda obligada á restituirme la cantidad que recibió y empleó para librarse de sus deudas.

52. Tambien son válidas y eficaces las obligaciones que contrae la muger sin autorizacion de su marido, procedentes de delitos ó cuasi-delitos que hubiese cometido. Pero como los frutos y réditos de los bienes de la muger corresponden, supuesta la sociedad conyugal, al marido durante el matrimonio, y como con sus actos en que el marido no ha tenido participacion, no puede ella perjudicar los derechos de este; es de ahí que aquellos á quienes la muger hubiese causado perjuicios, y que hubiesen obtenido contra la misma condenas por cantidades de dinero, no podrán cobrarlas de dichos frutos y rentas mientras subsista el matrimonio y por consiguiente la comunidad de bienes.

53. Por mas que el dolo que cometa una muger en un contrato celebrado sin la autorizacion de su marido, sea una especie de delito, sin embargo no queda obligada por él la muger que sin tal requisito contrató; y el que siente por esto perjuicio debe culparse á si mismo por haber contrado con una persona inhábil.

54. Si la muger hubiese engañado á aquel con quien contrató, fingiéndose soltera mayor de edad ó viuda, ¿quedaria en tal caso obligada? Es preciso distinguir: si el que contrató con ella pudo informarse del estado y condicion de tal muger, no queda ella obligada, porque culpa fué de él, si sufre perjuicio ya que debiendo saber con quien trataba, no lo preguntó. De otra suerte fuera abrir ancha puerta para burlar la ley, ya que se haria á las muge-

res que se presentasen como solteras ó viudas con lo cual contratarian eficazmente sin autorizacion del marido.

Pero si se tratase de una muger que no viviese con su marido, y cuyo matrimonio fuese ignorado en el lugar de su domicilio y que fuese tenida y reputada por soltera, entonces los contratos que como tal celebrase, la obligarian á favor de aquellos con quienes bajo tal ficcion contratase; porque en tal caso fuera harto dificil informarse del estado y condicion de esa muger, y por consiguiente no puede culparse á los que con ella contrataron de no haber tomado informes que la pública voz y fama presentaban como inútiles y hasta ofensivos. Puede aplicarse aqui la ley *Barbarius Philippus*, *ff. de offic. præt.*

§. III.

De la necesidad que tiene la muger de la asistencia de su marido para presentarse en juicio.

55. Constituida la muger casada bajo la potestad del marido, no puede por lo regular presentarse en juicio sin la asistencia de su marido, pues solo con este requisito tiene *legitimam standi in judicio personam.* Asi es que aun cuando las acciones concernientes á la propiedad de los bienes raices, pertenecen á la muger, y á pesar de que el marido no puede intentarlas sin su muger, y ni aun defender sin ella tales bienes; no obstante la muger por su parte tampoco puede intentarlas ni oponer en su defensa excepciones sin la asistencia de su marido.

Por tanto siempre que una muger presenta una demanda, el cartel citatorio deberá ser expedido á instancia de la misma y de su marido. Presentada la demanda por la muger sola fuera nula, de la propia suerte que todos los procedimientos sucesivos hasta la sentencia que sobre una demanda tan nula hubiese recaido.

Asimismo cuando alguno presenta demanda contra una muger casada debe dirigirse contra ella y su marido: pues dirigida contra ella sola fuera nula como todos los procedimientos.

56. La necesidad que tiene una muger casada de la asistencia de su marido para estar en juicio, tiene lugar aun respeto de una causa empezada á tiempo en que la muger era libre. Asi es que si durante el curso de una causa comenzada contra una sol-

tera ó viuda, ó por ella contra otro dirigida, tal muger se casase, ninguna de las dos partes podrá proseguir válidamente el pleito, hasta que el marido preste su autorizacion ó por su negativa el juez haya prestado la suya supletoria para proseguir la instancia ó la defensa.

57. El principio sentado tiene dos excepciones. Es la primera, si la muger fuese debidamente autorizada por el tribunal, pues dicho se está que tal autorizacion suple y representa la del marido que no quiere ó no puede concederla. Fuera cruel condenar á la muger á perder sus derechos, porque al marido por capricho le diese la gana de impedirla que los hiciese valer ó los defendiese.

58. Para conseguir esta autorizacion debe la muger hacer constar la negativa del marido á concederla la licencia pedida en virtud de un requirimiento.

Si bien no es necesario que pruebe la justicia de la causa en que debe intervenir, lo es que por lo menos tenga alguna apariencia de fundamento.

59. Asimismo si emplazados la muger y el marido para contestar á una demanda contra la primera dirigida, el marido se negase á autorizarla, el demandante podrá pedir al tribunal que autorice á la muger para intervenir sola en el pleito.

60. La autorizacion otorgada por el juez á la muger ora sea para entablar una demanda, ora para contestar á ella, no perjudica al marido quien no deberá responder con las rentas de los bienes de la muger que á él le corresponden, de las condenas que contra ella recayeren, ni de las costas que se causasen, como no sea en cuanto alcanzare el provecho que de la cosa litigada hubiese reportado la comunidad ó sociedad conyugal.

61. Como la separacion de bienes competentemente decretada por el tribunal habilita á la muger para administrar sus propios bienes, síguese que podrá ella entablar y contestar las demandas que no pasen los límites de la administracion. Mas si en el pleito se tratase del dominio y propiedad de aquellos bienes, necesitará la muger la licencia de su marido ó en su defecto la del juez para tomar parte en él.

62. En algunos distritos las mugeres que están al frente de algun establecimiento mercantil, tampoco necesitan la autorizacion del marido para intervenir como actoras ó como demandadas en pleitos que versen sobre cosas concernientes á aquel comercio.

63. Por lo que hace á las causas criminales que se intentasen contra la muger casada, claro está que puede ella seguirlas y defenderse sin necesidad de la autorizacion marital.

64. Mas si tratase de entablar una acusacion, para ello le será precisa la autorizacion del marido.

65. La costumbre de esta ciudad de Orleans autoriza á la muger para estar en juicio criminal ora sea para acusar ora para defenderse.

66. Sin embargo las sentencias condenatorias no afectan las rentas de los bienes de la muger que durante el matrimonio pertenecen á la comunidad.

SECCION IV.

COMO Y CUANDO DEBE INTERPONERSE LA AUTORIZACION DEL MARIDO.



En este particular debe distinguirse entre los actos extrajudiciales y los judiciales. En el primer párrafo veremos, como debe interponerse esa autorizacion en actos extrajudiciales; en el segundo examinaremos cuando: en el tercero trataremos de la autorizacion para los actos judiciales.

§. I.

Como debe interponerse la autorizacion del marido en actos extrajudiciales.

67. Entre los actos extrajudiciales deben distinguirse los de simple administracion y los que traspasan sus límites, y versan sobre la propiedad de los bienes de la muger, y van encaminados á disponer de ella, á enagenarlos y á gravarlos con hipotecas. Para los actos que no traspasan los límites de una simple administracion, bastará á la muger un poder general ó autorizacion para administrar, sin que sea necesario que para cada acto sea autorizada: y aun bastará que ella diga hallarse autorizada con tal fecha y escrito ó carta.

Respeto de los demas actos la autorizacion debe ser expresa y especial para cada uno de ellos, sin que sea suficiente una autori-

zacion general, aun cuando fuese ella fundada en poderes amplios para que la muger pueda hacer y disponer de los bienes raices del marido como mejor le parezca: porque tales poderes son reputados nulos y de ningun valor ni efecto por cuanto tienden á sacar á la muger de la legitima dependencia en que debe estar respeto del marido (1).

68 Para que se entienda que el marido ha concedido la autorizacion no bastará que haya declarado que daba su consentimiento á tal contrato y que lo aprobaba, porque como llevamos dicho, *n.* 3, la autorizacion es algo mas que un mero consentimiento, es un acto que habilita á la muger para celebrar el contrato. Asi que deberá declarar expresamente que *autoriza* á su muger: esta palabra es sacramental, y solo hallo la de *habilitar* que sea su equivalente (2).

Sin esto el consentimiento formal del marido en el contrato de la muger no impediria que este contrato fuese absolutamente nulo por falta de autorizacion.

69. Lo mismo debe decirse respecto del consentimiento tácito, como si el marido no hubiese hecho mas que firmar el contrato.

De la propia suerte aun cuando el marido hubiese hecho parte en el contrato juntamente con su muger, y en union con ella se hubiese obligado, fuera nulo el contrato, respeto de la muger sino hubiese dicho ademas expresamente el marido que autorizaba á su muger para aquel contrato.

Si el marido solo se hubiese obligado en tal contrato como fiador de su muger, fuera nulo no solo el contrato mismo respeto de la muger por falta de autorizacion, sino tambien respeto del marido, porque es nula toda fianza que recae sobre un contrato nulo; *Trat de las oblig. n.* 366.

70. Otra consecuencia del principio sentado es que el marido debe declarar que autoriza á su muger aun para aquellos actos que él mismo practica como apoderado de su muger. Segun observa Lebrun, no solo deberá intervenir su autorizacion en el acto practicado en virtud de los poderes, sino tambien en los poderes mismos á su propio favor otorgados.

(1) Ninguna disposicion hallamos en el derecho español que prive del debido efecto los poderes generales acompañados de la competente autorizacion, otorgados por el marido á favor de su muger. Nuestros legisladores no anduvieron tan escrupulosos en cuanto á la dependencia marital de una muger que ha merecido toda la confianza de su marido.

(2) El derecho español usa mas comunmente la palabra *licencia* en vez de *autorizacion*.
(*N. de los edit.*)

§. II.

Cuando deberá ser interpuesta la autorizacion del marido.

71. No somos respeto de esa autorizacion del marido tan escrupulosos como lo fueron los romanos respeto de la autoridad del tutor que debia interponerla en el mismo acto y en persona. Asi es que el marido puede interponerla por medio de una escritura anterior, por anticipada que sea la fecha, sin que sea tampoco precisa su asistencia personal.

Lo que si importa es que en la misma escritura del contrato que celebra la muger se traslade en tal caso la de autorizacion para que conste definitivamente que concedió tal autorizacion, para lo cual no fuera del todo suficiente que el escribano dijese haber visto la referida escritura.

72. Es de notar sin embargo que aun cuando no sea necesario que la autorizacion intervenga en el mismo acto de celebrarse el contrato, es de todos modos preciso que en este se haga mérito de la autorizacion, y se exprese que la muger obra como autorizada competentemente, pues sin esto aun que realmente estuviese autorizada, fuera no obstante nulo el contrato celebrado, ya que contratando como muger libre y no haciendo uso de la autorizacion, es lo mismo que si no la hubiese obtenido.

73. Si el marido en una carta de poderes, hubiese tambien autorizado á su muger para que ella en su propio nombre vendiese una finca que la pertenece, no bastará para la validez de la venta que en ella diga la muger que la verifica en virtud de poderes recibidos por tal escribano, si ademas no expresase la circunstancia de hallarse autorizada en virtud de la misma escritura.

74. Tampoco fuera suficiente para la validez de un acto que la autorizacion fuese interpuesta despues de su celebracion, aun cuando al celebrarlo se hubiese dicho autorizada la muger, con la confianza de que lo seria. Nulo el tal acto por faltarle el requisito de la autorizacion, no puede entenderse confirmado por la interposicion posterior de este requisito, puesto que lo que es nulo no puede ser confirmado. Esto en cuanto al rigor de los principios. No obstante se citan dos sentencias en contra. Mas debe advertirse que ellas no declaran válido el contrato desde su celebracion primera, sino desde el instante en que la autorizacion fué inter-

puesta, por presumirse que subsistiendo en este último momento la voluntad de los contraentes, debe reputarse que celebran nuevamente el anterior contrato que habia sido nulo.

Síguese de ahí 1.° que segun las citadas sentencias si despues de celebrado el contrato, antes empero de haber sido interpuesta la autorizacion, uno de los contraentes muriese, ó perdiese el uso de la razon, ó manifestase haber mudado de voluntad, la autorizacion posterior no podria restablecer el acto.

2.° Que el acto restablecido por la autorizacion posterior no puede producir hipoteca desde el dia de su celebracion, sino desde el en que fué interpuesta la autorizacion, pues solo desde este último dia es válido.

§. III.

De la forma de la autorizacion del marido en los actos judiciales.

75. Entre los actos judiciales y los extrajudiciales hay, por lo que mira á la autorizacion del marido la diferencia de que en estos últimos para que se entienda que el marido ha autorizado á su muger es preciso que lo haya declarado asi en términos formales y explícitos: la presencia del marido no induce la autorizacion; al paso que en los actos judiciales no es necesario que el marido haga tal declaracion, bastando que haga parte en la instancia en union con su muger para que esta pueda entablar válidamente ó contestar cualquier demanda.

Otra diferencia hay ademas, y es que respeto de los contratos no es preciso que el marido forme parte en ellos en su calidad de tal, bastando una autorizacion por otro acto y anteriormente otorgada, cuando por el contrario en los actos judiciales es indispensable que el marido asista á la instancia en calidad de tal junto con su muger, ora por sí ora por procurador por él solo ó por él y su muger nombrado.

SECCION V.

CUAL ES EL EFECTO ASI DE LA AUTORIZACION COMO DE LA FALTA DE LA MISMA.



76. El efecto de la autorizacion del marido y de la supletoria del juez es de hacer á la muger tan capaz para aquel acto á que la autorizacion se refiere, como lo fuera si no estuviese casada: es decir que el acto será tan válido como lo seria realizado por una muger no casada, pero no le da mas fuerza que la que en sí tiene. Asi es que si una muger menor de edad sufriese por el contrato alguna lesion, ese contrato deberá estar sugeto á la restitucion por entero á pesar de la autorizacion marital, de la propia suerte que lo estaria si la muger fuese soltera.

Asimismo si una muger casada con autorizacion del marido hubiese practicado un acto de aquellos para los cuales son incapaces los menores, como si hubiese hecho una enagenacion voluntaria de una de sus heredades, tal acto no dejaria de ser nulo á pesar de la autorizacion del marido, como lo fuera practicado por una soltera.

77. No obstante aun en este caso no deja de producir su efecto la autorizacion; porque practicado por la muger con autorizacion un acto nulo de dicha naturaleza, la nulidad es solo relativa, y tiene lugar solo en cuanto la muger crea serle perjudicial; cuando por el contrario practicado tal acto sin autorizacion, la nulidad fuera absoluta. *Vide supra n.* 5.

78. Lo dicho hasta aqui acerca de los efectos de la autorizacion del marido es aplicable exactamente á la autorizacion judicial; mas estas dos autorizaciones difieren en que la del marido dá á la muger que tiene comunidad de bienes con su marido, el derecho de cargar sobre la comunidad las deudas que autorizada hubiese contraido aun por mas de las ventajas que la comunidad hubiese reportado del contrato; al paso que la autorizacion judicial habilita á la muger para obligarse á sí y sus bienes sin empero que la comunidad deba sentir perjuicio alguno del contrato, ni sea responsable por mas que por la parte de provecho que tal vez hubiese reportado.

En cuanto á la falta de autorizacion, su efecto es hacer nulo el acto por la muger practicado. Véase lo dicho antes n. 9.

79. Ademas de la necesidad de la autorizacion que es otro de los efectos de la potestad marital, vamos á hacer notar otro efecto de esta potestad, y es que en fuerza de la misma se presume que la muger durante el matrimonio se ha hallado impedida para entablar aquellas acciones que podian herir y perjudicar de rechazo al marido, por razon del recurso de eviccion ó afianzamiento que

los que pudieran haber sido convenidos tenian contra el marido. En virtud de esta presuncion el tiempo de la prescripcion respeto de tales acciones no corre contra la muger durante el matrimonio por aquel axioma de derecho: *Contra non valentem agere nulla currit prœscriptio*.

Segun este principio si el marido hubiese vendido como propia una heredad de la muger, la prescripcion de la accion reivindicativa no corre contra la muger durante el matrimonio: porque como esta accion contra el comprador heriria de rechazo al marido que está tenido de eviccion, repútase que ha podido ser impedida por el marido para intentarla durante el matrimonio.

80. En cuanto á las demas acciones, corre la prescripcion contra la muger casada, porque nada hace presumir la posibilidad de haber sido impedida para intentarlas, ya que el marido ningun interes tenía en impedirlo; y si bien necesitaba autorizacion, podia acudir al tribunal caso de negársela el marido.

PARTE SEGUNDA.

DE LA POTESTAD DEL MARIDO SOBRE LOS BIENES DE SU MUGER.

Por derecho romano observado con algunas variaciones en la mayor parte de nuestras provincias la muger tenia dos especies de bienes, los dotales y parafernales.

Transferia al marido el dominio de los bienes dotales bajo la obligacion de restituírselos siempre que fuese disuelto el matrimonio. Asi era el marido el verdadero dueño de tales bienes, solo que no podia enagenar los raices como no fuese con el consentimiento de su muger, ni obligarlos aun cuando tal consentimiento mediara. Justiniano por último prohibió enagenarlos y obligarlos aun con dicho consentimiento.

Asi que durante el matrimonio la muger era mas bien acreedora de la restitucion de los bienes dotales, que su dueña; y en virtud de ese crédito, y con respeto á esta restitucion alguna que otra vez las leyes romanas llaman los bienes dotales patrimonio de la muger.

Los bienes parafernales son aquellos que no formaban parte de la dote: el marido no tenia sobre ellos derecho alguno; la muger tenia la facultad de disponer libremente de ellos.

81. En los paises en que rige el derecho consuetudinario no se conoce la distincion de bienes dotales y extradotales ó parafernales, antes se presume que son dotales todos los de la muger.

Solo se admite la distincion entre bienes de la comunidad ó sociedad conyugal y bienes propios de la muger.

82. El poder que al marido compete, le constituye dueño absoluto de todos los bienes de la comunidad, y le dá el derecho de disponer libremente de ellos aun por la parte correspondiente á la

muger; la cual no puede disponer de nada sin su marido, mientras subsistan el matrimonio y la comunidad.

Los bienes propios de la muger son aquellos que no puso en la comunidad. Son de dos especies: á la primera pertenecen los raices, á la segunda los muebles que excluyó de la comunidad en virtud de una cláusula de realizacion.

83. El pacto de realizacion solo da á la muger ó á sus herederos un crédito contra la comunidad para exigir el importe de los muebles estimados, y un privilegio hipotecario para apoderarse en especie de los que tal vez existan. Por lo demas el marido tiene las mas amplias facultades para disponer de ellos como mejor le parezca.

84. En cuanto á los bienes propios de la muger de la primera especie, es decir, los inmuebles, conserva ella su dominio durante el matrimonio, por manera que el marido no puede disponer de los mismos ni obligarlos sin expreso consentimiento de su muger, como ni tampoco intentar ni contestar ninguna accion sobre su dominio.

85. Es de notar que si bien es verdad que la muger conserva la propiedad de tales bienes, sin que pueda ser de los mismos privada *por hecho* de su marido, puede no obstante serlo por negligencia del mismo, como sucedió á una muger que tenia una finca en enfiteusis, pues habiendo descuidado su marido pagar el canon por tres años consecutivos, el dueño directo pidió y obtuvo que se declarase el comiso á su favor.

En este y otros casos semejantes la muger pierde sus bienes propios por un descuido del marido, aun cuando por insolvencia del mismo fuese inutil el recurso que contra él le queda para reclamar una indemnizacion de los perjuicios sufridos.

86. Es cierto que la potestad marital no da al marido un derecho de dominio sobre los bienes raices propios de su muger; pero dale al menos una especie de derecho de arrendamiento y de gobernacion, que consiste principalmente en tres cosas.

87. Primeramente consiste en dar al marido durante el matrimonio todo cuanto hay de honorífico inherente á los expresados bienes.

Asi el marido puede tomar el título de los señorios de que se conserva propietaria la muger, por lo cual se titulará conde, marques, baron etc. si á tales bienes semejante titulo estuviese

anexo. Si la calidad del marido fuese un obstáculo para que pudiese tomar los títulos mismos, en tal caso podrá apellidarse señor del condado, marquesado tal, etc.

Con los titulos puede tomar el marido todos los derechos honoríficos inherentes á los señorios de su muger; asi podrá exigir pleito homenage á sus vasallos, pero siempre titulándose *marido de tal muger*, pues es la única calidad con que deben reconocerle los vasallos.

88 Por identidad de razones carga con las obligaciones personales inherentes á tales bienes, y deberá por lo tanto prestar pleito homenage al señor feudal si lo tuviesen aquellos.

89. Hallándose el marido en el ejercicio de los derechos honoríficos anexos á los señorios propios de su muger, proveerá por sí y sin necesidad de consultarla á ella los oficios de justicia que tal vez hubiese de nombrar, y conferirá los beneficios cuyo patronato corresponde á su muger.

90. La segunda cosa en que consiste el derecho del marido con respeto á los bienes propios de su muger, es el de usar y disfrutar de tales bienes, percibiendo todos sus frutos y rentas mientras subsiste el matrimonio.

91. La tercera cosa en que consiste el derecho del marido sobre dichos bienes es el de administrarlos. Por lo que mira á ese derecho, hay una diferencia que notar entre los arrendamientos que otorga el marido sobre los expresados bienes y los que otorga un usufructuario de las fincas sobre que tiene el usufruto. Este no puede dar en arriendo estas fincas sino solo para el tiempo que pueda durar el usufruto, sin que el dueño de la finca esté obligado á respetar los arrendamientos hechos por el usufructuario despues que por la muerte de este queda extinguido el usufruto.

92. Por el contrario como que se reputa que los arrendamientos otorgados por el marido en su calidad de administrador de los bienes propios de su muger, lo fueron por la muger misma por ministerio del marido; es de ahi que la muger y sus herederos deben respetarlos por todo el tiempo que el marido hubiese pactado, aunque antes de concluirlo acaeciese que muriese el marido ó de cualquier modo se disolviese el matrimonio.

93. Sin embargo para que esto proceda es preciso que el arrendamiento no haya sido otorgado por mas largo plazo que el que es de costumbre en el pais. Acerca de esto debe tenerse presente que

un arrendamiento otorgado por mas de nueve años se reputa una enagenacion, y por lo mismo no deberán respetarlo la muger ni sus herederos, si para mayor espacio lo hubiese concedido el marido.

94. Por esta especie de enagenaciones el marido debe estar de eviccion, y esta responsabilidad pesa sobre sus bienes no sobre los de la comunidad que con tales contratos no pudo ser gravada.

Mas para que la obligacion eviccionaria tenga lugar es preciso que haya otorgado el arrendamiento en su propio nombre; pues si hubiese expresado celebrarlo en su calidad de marido, sin comprometerse á hacerlo ratificar por su muger, el colono ó arrendatario no podrá pretender ninguna indemnizacion. No puede alegar haber sido engañado, ya que sabia ó debia saber que el marido en su calidad de tal no podia otorgar sin el consentimiento de su muger un arrendamiento para un término tan largo.

Para que los arrendamientos de bienes propios de la muger otorgados por el marido sean obligatorios respeto de la muger, es preciso que no haya habido dolo, y se presume que lo hay siempre que se trasluce el propósito de privar á la muger ó á sus herederos de la libre disposicion de los bienes propios asi que esté disuelta la sociedad.

Este propósito se presume si el marido se apresura á otorgar los arrendamientos durante la última enfermedad de su muger, ó cuando se hallaba iminente una sentencia de separacion de bienes, como tambien si fuesen renovados con mucha anticipacion, es decir, cuando faltaban todavia algunos años para concluir los anteriores arrendamientos, á no ser que en este último caso el nuevo contrato hubiese empezado á tener efecto durante la comunidad.

95. Finalmente la muger no está obligada á respetar los arrendamientos otorgados por su marido, si este hubiese recibido por ellos una crecida cantidad en premio y como adehala ademas del precio del arriendo: ó bien si quiere continuarlos podrá recobrar de la comunidad el importe de la parte de la adehala á prorata del tiempo que falta para terminarse el arriendo.

96. Se ha dudado si la redencion de un censo era un acto de simple administracion, por manera que el marido pudiese aceptarla válidamente sin el concurso de su muger y ni aun requerirla para asistir á aquel acto. La redencion de un censo como que trae consigo la enagenacion y extincion del censo, parece que excede

los límites de una simple administracion, y que por lo mismo deberá la muger asistir á ella, como debe concurrir á los demas actos que afectan el dominio de sus bienes propios. En otro tiempo asi se opinaba, y hay sentencias de nuestros tribunales que lo confirman; pero al presente prevalece la opinion contraria, y se cree comunmente que la aceptacion de la redencion de un censo es un acto de mera administracion que puede practicar el marido por sí solo; porque él por sí y como administrador tiene facultad para recibir aquel dinero, y como el deudor puede verificar el pago á pesar del acreedor, y como la muger no tiene ningun medio para impedirlo, es de ahí que su presencia vendria á ser inutil.

97. Cuanto acabamos de decir acerca de los derechos que tiene el marido sobre los bienes raices de su muger, tiene lugar no solo cuando hay entre ellos comunidad de bienes, sino tambien cuando por pacto especial hubiesen renunciado á ella, porque esta renuncia no puede despojar al marido del goce y usufruto que le compete en los bienes de su muger *ad sustinenda onera matrimonii*, y por lo mismo á administrarlos.

98. No es lo mismo si hubiese entre ellos absoluta separacion de bienes, ora fuese por pacto expreso y formal de las capitulaciones matrimoniales en que se hubiese convenido que cada uno de los cónyuges disfrutaria separadamente de sus bienes, ora por una sentencia dada y ejecutada despues de celebrado el matrimonio; pues en este caso el marido no tiene ni el usufruto ni la administracion de los bienes de su muger, la cual puede disfrutarlos y administrarlos por sí misma, sin que ni siquiera tenga necesidad de la autorizacion de su marido para actos de simple administracion.

No obstante aun en este caso de separacion conserva el marido una autoridad sobre los bienes propios de su muger, por manera que ella no puede enagenarlos ni obligarlos sin su autorizacion. Tampoco puede la muger aceptar la redencion de un censo sin la intervencion del marido quien tiene interes en velar acerca del destino que al dinero entregado se dé, segun vimos mas arriba, *n.* 17.

FIN DEL TRATADO DE LA POTESTAD DEL MARIDO
SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LA MUGER.

INDICE.

De las Partes, Secciones, Artículos y Párrafos contenidos en el TRATADO DE LA POTESTAD DEL MARIDO SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LA MUGER.

FIN DEL INDICE.